

40 casos de Derecho de daños (2004-2007)

Sonia Ramos González (coord.)

Ignacio Marín García

Rosa Milà Rafel

Carlos Alb. Ruiz García

Esther Farnós Amorós

Laura Alascio Carrasco

Antonio Fernández Crende

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

InDret presenta, por cuarto año consecutivo, una selección de diez sentencias del Tribunal Supremo sobre cuestiones centrales del derecho de daños. El lector también encontrará en este trabajo las selecciones de 2004, 2005 y 2006 publicadas en números anteriores.

InDret publishes its fourth annual selection of ten cases decided by the Spanish Supreme Court on central questions of the Law of Torts. We also provide the reader with InDret 2004, 2005 and 2006 selections.

Title: InDret Selection of Torts Cases Decided by the Spanish Supreme Court

Keywords: Torts; Negligence; Comparative Negligence; Strict Liability; Causation; Damages; Assumption of Risk; Joint and Several Liability

Palabras clave: derecho de daños; negligencia; negligencia contributiva; responsabilidad objetiva; causalidad; daños; aunción del riesgo; responsabilidad solidaria

Sumario

- I. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2007**
- II. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2006**
- III. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2005**
- IV. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2004**

I. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2007*

1. STS, 1ª, 26.1.2007 (Ar. 1873). MP: Clemente Auger Liñán

Ausencia de culpa de los padres por daños letales que sufre su hijo menor cuando está bajo su custodia. Durante la visita de una familia al museo Gaudí de la Sagrada Familia (Barcelona), un menor de 5 años de edad se colgó de una escultura defectuosamente anclada, que basculó, cayó y le fracturó el cráneo con resultado de muerte.

2. STS, 3ª, 28.2.2007 (Ar. 1994). MP: Agustín Puente Prieto

Daños permanentes, daños continuados y dies a quo del plazo de prescripción aplicable a cada uno de ellos. La rotura de un microcatéter durante una intervención quirúrgica provocó un infarto cerebral a una paciente, a quien se declaró en situación de incapacidad absoluta siete años después.

3. STS, 1ª, 17.5.2007 (Ar. 3542). MP: Jesús Corbal Fernández

Responsabilidad civil directa del empleador, absuelto en el proceso penal, por daños dolosos causados por su dependiente. Un vigilante jurado, al finalizar su jornada laboral, disparó con su arma reglamentaria a su antigua compañera y a la hermana de ésta, matando a la primera e hiriendo en un brazo a la segunda.

4. STS, 1ª, 28.5.2007 (Ar. 3131). MP: Encarna Roca Trías

La afectación grave de la integridad física del pasajero en un accidente fortuito de navegación aérea vale 21.035,42 €. El helicóptero en el que viajaba el actor entró en una turbulencia, provocada por una tormenta, chocó contra la ladera de una montaña y se incendió. El accidente causó al actor una incapacidad permanente total.

5. STS, 1ª, 19.6.2007 (Ar. 5572). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

El padre no está legitimado para reclamar por los daños derivados del nacimiento de su hijo con síndrome de Down. El médico demandado, quien había tratado a la gestante, de 29 años de edad, no le había practicado la amniocentesis porque consideró que el embarazo era normal. La actora dio a luz a un niño con síndrome de Down.

6. STS, 1ª, 16.10.2007 (Ar. 7102). MP: Jesús Corbal Fernández

Ausencia de responsabilidad civil del empleador por el suicidio de un cliente que ingirió el producto tóxico que un dependiente le había vendido. Un joven esquizofrénico paranoide, de 20 años de edad, compró cianuro potásico en un establecimiento de venta de sustancias químicas, previa exhibición de una tarjeta de un taller de joyería, lo ingirió y falleció.

* Selección y comentarios por Sonia Ramos, Ignacio Marín, Rosa Milà y Carlos Alb. Ruiz.

7. STS, 1ª, 19.10.2007 (Ar. 8627). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Responsabilidad parciaria entre cocausantes de un daño. Durante un espectáculo de fuegos artificiales autorizado por el Ayuntamiento de Terrassa (Barcelona), uno de los cohetes fabricados por el codemandado no explotó en el aire, cayó bajo un vehículo estacionado y explotó al impactar contra el suelo, provocando que se desprendieran esquirlas de metal que hirieron a varios espectadores.

8. STS, 1ª, 4.12.2007 (Ar. 2008\39). MP: Francisco Marín Castán

La arrendataria de vivienda, y no su propietaria, responde de los daños causados por las cosas que caen desde la misma (art. 1910 CC). Una maceta cayó desde el quinto piso de un inmueble sobre la cabeza de la conserje, matándola en el acto.

9. STS, 1ª, 20.12.2007 (Ar. 9054). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Responsabilidad objetiva del poseedor de animales y culpa exclusiva de la víctima. En las instalaciones de un circo, un trabajador, sin autorización alguna y actuando a su riesgo, sorteó las vallas que delimitaban la jaula de los tigres, metió un brazo en la jaula, para darles de beber de un recipiente, y uno de ellos se lo arrancó de cuajo.

10. STS, 2ª, 27.12.2007 (Ar. 9067). MP: Julián Sánchez Melgar

Indemnización de 6.000 € para resarcir el daño moral de una menor, de 7 años de edad, víctima de abusos sexuales. El compañero sentimental de su madre recogió a la niña a la salida de la piscina, la llevó a su casa y abusó sexualmente de ella.

1. STS, 1ª, 26.1.2007 (Ar. 1873). MP: Clemente Auger Liñán

Ausencia de culpa de los padres por daños letales que sufre su hijo menor cuando está bajo su custodia.

Hechos: El 30.7.1994, Lucio y Cecilia fueron a visitar el Museo Gaudí anejo al “Templo Expiatorio de la Sagrada Familia” (Barcelona) junto a sus hijos, Lorenzo, de 5 años de edad, y Rocío, también menor de edad. En el museo había expuestas varias esculturas a las que el público podía acercarse e incluso tocar sin que existieran medidas de seguridad o carteles de advertencia que lo impidieran. Una de las obras de la exposición era un conjunto escultórico de varias piezas ensambladas, con estructura asimétrica, de inestabilidad acusada y cuya parte más saliente estaba a una altura de 1,45 m. Lorenzo, de 1,13 m. de altura, se acercó y se colgó de ella. La estatua basculó y las tres piezas superiores del conjunto cedieron y cayeron encima del menor, causándole la muerte por rotura de la base del cráneo.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC

Demanda: Lucio y Cecilia, en nombre propio y en representación de Rocío, demandaron a la “Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia” y solicitaron una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Procedimiento: El JPI núm. 30 de Barcelona (16.9.1998) estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de la indemnización a determinar en ejecución de sentencia. La AP Barcelona (Sección 16ª, 22.10.1999) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la “Junta Constructora”, revocó la sentencia de instancia, apreció concurrencia de culpas de los padres, y condenó a la demandada al pago de 40.067,47 € para cada uno de los padres y 12.020,24 € para la hermana en concepto de daño moral, así como 3.400,27 € en concepto de daños materiales por los gastos del sepelio.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Lucio y Cecilia, revocó en parte la sentencia de apelación y condenó a la “Junta Constructora” al pago de 60.101,21 € a cada progenitor y 18.030,63 € a la hermana en concepto de daño moral, más 5.100,41 € en concepto de daños materiales. “[N]o puede admitirse la relevancia causal que la SAP aprecia en la conducta de los padres del menor, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño (...). [A]ún cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus padres, no quedaba excluida la causación del accidente” (FD 3º).

Comentario: el TS distingue en su razonamiento jurídico la causalidad fáctica (el peso del menor causó la caída de la escultura) de la causalidad jurídica (la “Junta Constructora” creó el riesgo de la caída) y se vale de esta última para condenar a la “Junta Constructora” y absolver a los padres. En el plano fáctico, el peso del menor causó la caída de la escultura; pero en el plano jurídico, el accidente ocurrió por el riesgo que la “Junta Constructora” creó al colocar una escultura inestable en el recinto y permitir el libre acceso a la misma.

En efecto, el museo no había adoptado medidas visibles de advertencia ni de seguridad para evitar que los visitantes se acercaran a las obras allí expuestas, a diferencia de otros muchos recintos, que se valen incluso de un sencillo cordón para impedir el acceso a las obras de arte. La falta de medidas preventivas, sumada a la inestabilidad de la escultura de la que se colgó el menor, supuso la creación de un riesgo extraordinario, superior al habitual en un museo.

A tenor de los razonamientos del TS, si el propio museo no adoptó medida de seguridad alguna para impedir el acceso a las esculturas, sino que permitía incluso acercarse y tocar las piezas expuestas, no puede, una vez ocurrido el accidente, escudarse en la falta de cuidado de los padres para exonerarse de responsabilidad. A la vista de la actuación del museo, los padres confiaron en la seguridad del recinto y asumieron que no había un riesgo extraordinario cuando se permitía al público acercarse y tocar las obras de arte expuestas. Por ello, concluye el TS, a pesar de que el menor se desasiera de la mano de su padre al inicio de la visita por llamarle la atención la escultura, “[n]o cabe apreciar la concurrencia de una conducta omisiva de los padres del menor fallecido que tenga relevancia causal en la producción del daño” (FD 3º).

Sin embargo, la solución que aplica el TS en este caso es infrecuente en su jurisprudencia. En los casos en que el menor sufre el daño estando bajo el cuidado de sus padres, además de la negligencia del sujeto responsable, el TS suele apreciar *culpa in vigilando* de los padres para minorar la indemnización por daños de aquél.

2. STS, 3ª, 28.2.2007 (Ar. 1994). MP: Agustín Puente Prieto

Daños permanentes, daños continuados y dies a quo del plazo de prescripción aplicable a cada uno de ellos.

Hechos: El 31.7.1991, Amparo, de 27 años y afectada de una malformación arteriovenosa en la zona ténporo-parietal izquierda, se sometió a una intervención quirúrgica en el “Hospital Universitario Marqués de Valdecilla” (Santander) para la embolización de la malformación. En el curso de la intervención se rompió el microcatéter que le habían colocado, lo cual le provocó un infarto cerebral que, a su vez, causó un déficit neurológico consistente en una isquemia del lóbulo parietal izquierdo y una alteración del lenguaje con disfasia. El 4.6.1999, un dictamen del Médico Forense constató que “las posibilidades de mejoría son prácticamente nulas”, y un mes más tarde, el 14.7.1999, el JPI núm. 3 de Burgos confirmó la incapacidad absoluta de Amparo.

Disposiciones estudiadas: artículo 142.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Demanda: María Cristina, en nombre y representación de su hija, demandó al “INSALUD” y solicitó una indemnización (*no consta la cuantía*), que el “INSALUD” denegó por silencio administrativo.

Procedimiento: La AN (7.5.2003) estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por María Cristina y condenó al “INSALUD” al pago de 420.708,47 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el “INSALUD” en el que alegaba la prescripción de la acción de daños. El TS calificó los daños como continuados y, a pesar de que el daño tuvo lugar el 31.7.1991, fijó como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción el 4.6.1999, fecha del dictamen del Médico Forense, al entender que no fue hasta esta fecha cuando se concretaron los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

Comentario: El TS recoge en esta sentencia la distinción, no siempre bien utilizada por nuestros tribunales, entre daños permanentes y daños continuados y analiza las diferencias entre ambos tipos a efectos del *dies a quo* del plazo de prescripción. Así, de acuerdo con el TS, los daños permanentes son aquéllos cuyas secuelas son conocidas, irreversibles e inalterables en el tiempo. Por su parte, los daños continuados se caracterizan porque las secuelas del acto lesivo se prolongan a lo largo del tiempo y sin solución de continuidad. La diferencia entre uno y otro tipo de daño radica, por tanto, en el momento de estabilización y conocimiento de las secuelas.

De la misma manera, en materia de prescripción de daños causados por el funcionamiento normal o anormal de las administraciones públicas, la regla general establece que el *dies a quo* es “la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. Sin embargo, y de conformidad con el párrafo anterior, el tipo de daño condiciona el momento de inicio del cómputo, tal y como ha establecido la jurisprudencia del TS. Así, cuando el daño es permanente, el resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de manera que el cómputo del plazo se inicia en el momento del diagnóstico definitivo o del alta médica. Esta solución, por el contrario, es difícil de trasladar sin más a los daños continuados: la propia naturaleza del daño hace que los efectos lesivos se prolonguen en el tiempo, de forma que, según las circunstancias, o no se podrá conocer el alcance definitivo del daño por la constante evolución (a mejor o, normalmente, a peor) de las secuelas o, en caso de que los efectos se estabilicen y sea posible determinar el alcance, ello será, como ocurre en este caso, pasado un lapso importante de tiempo. Por ello, cada nuevo resultado lesivo que se siga del daño original contará con su propio plazo de prescripción, de forma que, en última instancia, el plazo de prescripción no se iniciará definitivamente en tanto no se alcance un estado de razonable estabilidad de la lesión.

Para apreciar mejor la diferencia entre ambos tipos de daño, proponemos los siguientes ejemplos:

- a. La amputación del tercio inferior de una pierna como consecuencia de un diagnóstico y tras dos meses de tratamiento equivocados. En este caso el daño es permanente, pero sus efectos definitivos no se han conocido sino pasado un tiempo del hecho dañoso, que será cuando, conocido el alcance definitivo del daño, se inicie el cómputo del plazo de prescripción.
- b. El contagio transfusional de Hepatitis C por un paciente durante una intervención quirúrgica. En este caso el daño es continuado y, previsiblemente, la enfermedad seguirá una evolución negativa que, imaginemos, pasa por un aumento de las transaminasas y, posteriormente, deriva en cirrosis.

Así, cada etapa de la enfermedad que permita concretar de una forma razonable un daño dará lugar a una posible reclamación, cada una de ellas con su pertinente plazo de prescripción. En caso de que se pueda establecer con carácter estable el alcance definitivo de las lesiones, a partir de entonces comenzará a contar en último plazo de prescripción.

En el presente caso, el TS estimó que los daños eran de tipo continuado y que el plazo de prescripción debía iniciarse en la fecha en que el dictamen del Médico Forense determinó la irreversibilidad de las afecciones de la paciente. Por ello, el hecho de que la reclamación llegase pasados siete años desde el accidente, en este caso, la operación, no implica que la acción hubiera prescrito, pues las dolencias de la paciente evolucionaron durante este tiempo sin conocerse el alcance definitivo hasta entonces.

3. STS, 1ª, 17.5.2007 (Ar. 3542). MP: Jesús Corbal Fernández

Responsabilidad civil directa del empleador, absuelto en el proceso penal, por daños dolosos causados por su dependiente.

Hechos: El 1.8.1992, al finalizar su jornada laboral, Gabriel, vigilante jurado de “Segur Ibérica, S.A.” sometido a tratamiento psiquiátrico, disparó, con un arma propiedad de la empresa, a su antigua compañera y madre de sus dos hijos, y a Magdalena, hermana de aquella, mantando la primera e hiriendo en un brazo a la segunda. La empresa, en contra de lo dispuesto en el artículo 10.4. del Real Decreto 629/1978, carecía de armero o caja de seguridad para el depósito de las armas y había autorizado a sus empleados que mantuvieran la tenencia de las mismas con posterioridad al fin del servicio. En la causa penal, la STS, 2ª, 26.3.1997 (Ar. 2512) había condenado a Gabriel a sendos delitos de asesinato y lesiones graves, así como a pagar 240.404,84 € a los hijos de la víctima y 17.429,35 € a Magdalena. Respecto a “Segur Ibérica, S.A.”, la absolvió de la responsabilidad civil subsidiaria *ex* artículo 22 CP de 1973, al considerar que la actividad dolosa del dependiente se había desarrollado fuera de su lugar de trabajo, al margen de la jornada laboral y por causas y fines personales.

Disposiciones estudiadas: artículo 1902 CC, artículo 22 del Código Penal de 1973 y artículo 10.4 del Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo sobre Vigilancia y Seguridad.

Demanda: Erica, madre de la víctima, en nombre y representación de su dos nietos, y Magdalena demandaron a “Segur Ibérica, S.A.” y solicitaron 300.506,05 € y 24.040,48 € por daños y perjuicios, respectivamente, con base en el artículo 1902 CC.

Procedimiento: El JPI núm. 8 de Cádiz (27.9.1999) estimó en parte la demanda y condenó a “Segur Ibérica, S.A.” a pagar 1.586.671,96 € a Erica y 11.503,37 € a Magdalena. La AP de Cádiz (Sección 4ª, 29.2.2000) confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por “Segur Ibérica, S.A.” fundado en la infracción del artículo 1902 CC por inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del

empleador y los daños. La STS apreció que aunque el autor directo e inmediato del hecho fue el condenado penalmente, éste había utilizado un arma perteneciente a la empresa de seguridad, la cual había omitido un deber de cuidado al no controlar su tenencia y disponibilidad con medida alguna, o cuando menos en lo reglamentariamente exigible, por lo que contribuyó de modo relevante en la creación del resultado jurídicamente desaprobado.

Comentario: En la Sentencia comentada el Tribunal aplica varios criterios de imputación objetiva para afirmar la relación de causalidad entre la omisión de la empresa de seguridad y el daño. En primer lugar, se vale de los *criterios de fin de protección de la norma e incremento del riesgo* porque “si la entidad demandada hubiera cumplido la normativa reglamentaria habría evitado la disponibilidad del arma y el incremento del riesgo derivado de la posibilidad de utilización privada” (FD 2º). En segundo lugar, considera que el daño también es imputable a la empresa en virtud de la *doctrina de la causalidad adecuada* porque “no cabía descartar como extraordinariamente improbable (“ex ante” y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido” (FD 2º). Por último, excluye la aplicación del criterio de *prohibición de regreso* pues la omisión de la empresa de seguridad “opera como contribución causal, y con la entidad suficiente para que la actuación del empleado no absorba en exclusiva el desencadenante causal” (FD 2º).

La Sentencia de la Sala 1ª del TS llega a un resultado contrario al que había alcanzado la Sentencia de la Sala 2ª, que absolvió a la empresa de seguridad de la responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por su empleado (artículo 22 CP de 1973)¹. La Sentencia civil no analiza la responsabilidad civil solidaria de la empresa de seguridad por los hechos de su dependiente (artículo 1903.4 CC), sino que evita el efecto de cosa juzgada de la Sentencia penal anterior, condenando a ésta como responsable civil directo por omisión de un deber de cuidado propio (artículo 1902 CC), acción que los perjudicados no pudieron ejercitar en el proceso penal porque, aún basada en los mismos hechos, no está prevista en el CP ni en la LECrim (STS, 1ª, 7.2.1991, Ar. 1151)².

Por último, si bien la Sentencia penal apreció la falta de conexión del daño con las tareas propias del vigilante jurado, uno de los criterios que la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS ha venido utilizando para considerar que el daño ocurre en el desempeño de las obligaciones o servicios del dependiente es el uso de instrumentos de trabajo en la comisión del delito. El caso paradigmático es el de delitos o faltas cometidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como consecuencia del uso de armas reglamentarias fuera de las horas de servicio. El TS niega la responsabilidad subsidiaria de la Administración cuando no pudo hacer nada para reducir el

¹ Que se corresponde con el artículo 120.4 del Código de 1995.

² La STS, 1ª, 7.2.1991 (Ar. 1151) afirma que “(...) las acciones que no pudieron ejercitarse en el proceso penal porque, aún basadas en los mismos hechos, no están previstas en el Código punitivo ni en la Ley procedimental que le sirve de cauce, por nacer de otra fuente (1089 del C. civil, de la Ley, de los contratos y cuasi contratos, o de los actos u omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia), es llano que pueden ejercitarse ante el orden jurisdiccional civil, una vez terminado el proceso penal, sin que pueda oponerse con éxito la excepción de cosa juzgada (...)”.

riesgo de producción del daño porque aunque el agente utilizó un arma reglamentaria este podía llevársela fuera del horario de trabajo [STS, 2ª, 8.5.1996 (Ar. 3802)], pero afirma su responsabilidad cuando la posesión del arma reglamentaria fuera de horas de servicio comporta el incumplimiento de una norma reglamentaria que obliga a los miembros de la policía local a depositar las armas en las dependencias municipales una vez finalizado su servicio [STS, 2ª, 29.2.1996 (Ar. 925)].

4. STS, 1ª, 28.5.2007 (Ar. 3131). MP: Encarna Roca Trías

La afectación grave de la integridad física del pasajero en un accidente fortuito de navegación aérea vale 21.035,42 €.

Hechos: José Augusto trabajaba como retén de incendios forestales para “TRAGSA”, sociedad que había contratado con “Helicópteros, S.A.” (en adelante, “HELICSA”) los medios aéreos para la campaña 1991-92. El 18.9.1992, a causa de una tormenta, el helicóptero que transportaba a José Augusto se vio afectado por una turbulencia, chocó contra la ladera de una montaña y se incendió. Como consecuencia del accidente, José Augusto sufrió lesiones que determinaron una incapacidad permanente total.

Disposiciones estudiadas: artículos 116, 117, 120 y 121 de la [Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea](#) (BOE núm. 176, de 23.7.1960), en adelante LNA.

Demanda: José Augusto demandó a “HELICSA” y a “La Unión y el Fénix, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.” (ahora, “Allianz, Seguros y Reaseguros”) y solicitó una indemnización de 135.040,03 €.

Procedimiento: El JPI de Purchena (23.9.1998) estimó la demanda y condenó a “HELICSA” y a su aseguradora, “La Unión y el Fénix, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, al pago de 110.586,23 €. La AP de Almería (Sección 2ª, 31.3.2000) estimó en parte el recurso de apelación de los demandados y les condenó al pago de 18.030,36 €.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por José Augusto y aumentó la indemnización a 21.035,42 €. Si bien el accidente aéreo constituyó un caso fortuito, el transportista y sus dependientes están sujetos a un régimen de responsabilidad objetiva y, si el accidente produce la muerte o la incapacidad permanente de la víctima, “la cuantía a indemnizar consiste en una cantidad fija (...), sin que sea posible la moderación por parte del Tribunal, que sí lo es en los otros casos de lesiones” (FD 5º).

Comentario³: Tal y como señala la propia Sentencia en su FD 2º, la fecha del siniestro, 18.9.1992, determina que sea aplicable la LNA y no la normativa comunitaria vigente que regula la responsabilidad civil de las compañías aéreas por accidentes en el transporte de pasajeros y su equipaje: el [Reglamento \(CE\) núm. 2027/97, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente](#), modificado por el [Reglamento \(CE\) núm. 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002 \(DOCE L núm. 140/2, de 30.5.2002\)](#).

La LNA establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad del transportista y sus dependientes por los daños personales y patrimoniales que sufre el viajero (artículo 116) y las personas que se encuentren en la superficie terrestre (artículo 119) como consecuencia de un accidente:

- a) La responsabilidad objetiva del artículo 120, que incluye expresamente el caso fortuito, sujeta la indemnización a los techos indemnizatorios (*caps*) de los artículos 117, 118 y 119.
- b) Un régimen de responsabilidad por dolo o culpa grave (artículo 120 LNA), sin sujeción a límite indemnizatorio alguno.

En cuanto a las reglas de cuantificación de los daños en ausencia de culpa por parte de los transportistas, la singularidad de la LNA reside en el baremo por muerte e incapacidad total permanente del artículo 117.3 LNA, pues, a diferencia del resto de cuantías establecidas en la citada ley, no fija una indemnización máxima, sino que la tasa en 21.035,42 € (3.500.000 pesetas).

Si el accidente hubiera ocurrido en la fecha de cierre de este comentario, el juez podría haber concedido una indemnización de hasta 102.963,36 €⁴, de acuerdo con el techo indemnizatorio previsto por el artículo 21 del [Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional](#) (BOE núm. 122, de 20.5.2004), al cual remite el Reglamento (CE) núm. 2027/97, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

³ Véase Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006), "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida", *InDret 3/2006*, pp. 21 - 24.

⁴ Valor en euros a 22.7.2008 del techo indemnizatorio previsto por el art. 21 del Convenio de Montreal (100.000 derechos especiales de giro, *Special Drawing Rights*).

5. STS, 1ª, 19.6.2007 (Ar. 5572). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

El padre no está legitimado para reclamar por los daños derivados del nacimiento de su hijo con síndrome de Down.

Hechos: El 16.12.1994, Virginia, de 29 años de edad, dio a luz en el Centro Hospitalario Clideba a un niño con síndrome de Down, César. Con arreglo a la *lex artis ad hoc*, Juan Pedro, el ginecólogo que trató a Virginia no apreció la concurrencia de circunstancias de riesgo que aconsejaran practicar la prueba de la amniocentesis. Juan Pedro conocía que, a causa de un trastorno depresivo agudo, la madre había tomado durante la gestación fármacos contraindicados, que la paciente fue sometida a radiografías y que en un embarazo anterior se le había recomendado reposo absoluto. Además, a lo largo de la gestación se manifestaron otros factores de riesgo: falta de movimientos del feto, excesivo perímetro craneal y una única posición fetal. Los padres llegaron a informar incluso de la existencia de un familiar que padecía síndrome de Down.

Disposiciones estudiadas: artículos 1101, 1124, 1544 y 1902 CC; y artículo 10.4 y 10.5 de la [Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad](#) (BOE núm. 102, de 29.4.1986) – precepto reproducido por los artículos 4 y 5 de la [Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#) (BOE núm. 274, de 15.11.2002) -.

Demanda: César y Virginia, padres del niño, demandaron a Juan Pedro, y solicitaron una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Procedimiento: El JPI núm. 6 de Badajoz (30.1.1998) estimó la demanda y condenó a los herederos del demandado, fallecido, a pagar la indemnización que se determine en ejecución de sentencia, fijando como bases: la edad media de vida del niño; los gastos médicos, educacionales y de cuidado personal; y el daño moral de los padres. La AP de Badajoz (Sección 1ª, 31.12.1999) estimó el recurso de apelación y absolvió al demandado.

César y Virginia se habían separado cuando interpusieron sendos recursos de casación contra la SAP, pero finalmente sólo fue admitido a trámite el primero de ellos, ya que el preparado por Virginia fue declarado desierto por Auto de 16 de marzo de 2004. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por César por carecer de legitimación para reclamar la indemnización de un daño derivado de la infracción del derecho a la información de la paciente, pues éste tiene naturaleza personalísima.

Comentario: La AP no había apreciado la responsabilidad del ginecólogo porque los demandantes no habían probado su negligencia. En cambio, el TS estimó que la conducta del facultativo había sido negligente y la existencia de relación de causalidad entre aquélla y la vulneración del derecho a la información de la paciente (FD 5º). Sin embargo, el TS deniega la indemnización al padre del niño porque la madre, como paciente, es la única titular del consentimiento informado, “un derecho a la libertad personal, a decidir sobre sí mismo en lo

referente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo” (FD 7º).

El daño derivado del nacimiento de un niño con síndrome de Down por la vulneración del consentimiento informado no es patrimonial, sino moral. El daño indemnizable en *wrongful birth* es la pérdida por la madre de la oportunidad de abortar. La Sentencia afirma que: “[e]l Dr. Juan Pedro incumple este deber de información para con su paciente: debió y no lo hizo, informarla amplia y detalladamente de la existencia de la prueba de la amniocentesis, incluidos los riesgos que conlleva; poner a disposición de su paciente todos los medios para el desarrollo de la mencionada prueba y permitir que fuera la paciente y no él, quien decidiera si procedía o no su práctica, asumiendo los riesgos que ello pudiera reportarle” (FD 5º).

Si sólo tienen derecho a indemnización aquellas mujeres que, de haber sido informadas a tiempo, hubiesen abortado, la cuestión que surge es la siguiente: ¿cuál es el bien jurídico protegido, el derecho a la información de la gestante o su derecho a abortar? La información sobre el estado del feto tiene valor en sí misma, incluso para una mujer que opte por no someterse al aborto eugenésico, puesto que conocerla tiene consecuencias sobre la planificación del futuro. Tales consecuencias también se proyectarían sobre el padre del niño, porque el daño a indemnizar sería patrimonial y no moral.

6. STS, 1ª, 16.10.2007 (Ar. 7102). MP: Jesús Corbal Fernández

Ausencia de responsabilidad civil del empleador por el suicidio de un cliente que ingirió el producto tóxico que un dependiente le había vendido.

Hechos: El 14.10.1995, Santiago, de 20 años de edad y en tratamiento por esquizofrenia paranoide, entró en un establecimiento destinado a la venta de productos ortopédicos, instrumentos de laboratorio y sustancias químicas. Tras mostrar una tarjeta de un taller de joyería en el que supuestamente trabajaba, adquirió una botella de un producto (*no consta*) que contenía cianuro potásico, a pesar de que su madre había advertido a Rita, propietaria del negocio, que se abstuviera de facilitar a su hijo tal clase de producto (extremo que no se probó durante el proceso). Posteriormente, Santiago ingirió el contenido de la botella, lo cual le causó la muerte por intoxicación.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC.

Demanda: Clara, Rafael, Armando, Araceli y Verónica, padres y hermanos, respectivamente, de Santiago, demandaron a Rita y a su compañía aseguradora, “Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA” (CASER) y solicitaron una indemnización de 84.141,69 € para cada uno de los padres y 18.030,63 € para cada uno de los hermanos.

Procedimiento: El JPI núm. 6 de León (20.4.1998) desestimó la demanda. La AP León (Sección 1ª, 5.6.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por los familiares de Santiago y confirmó la sentencia de instancia.

El TS desestimó el recurso de casación. La comercialización de la sustancia vendida no estaba condicionada a ninguna exigencia reglamentaria, el comprador era una persona mayor de edad, de apariencia normal y sin el menor síntoma de que padeciera un trastorno psíquico y que conocía perfectamente el carácter tóxico del producto comprado. Por todo ello, no cabe exigir al empleado que vendió el producto una diligencia superior a la que observó en su momento, sino que el resultado se debe exclusivamente a la conducta de Santiago.

Comentario⁵: En este caso, el TS resuelve acertadamente lo que constituye un supuesto claro de ausencia de responsabilidad por falta de nexo causal entre la venta del producto tóxico y la muerte de quien lo compró. Consecuentemente, como reconoce la Sala Primera tras recoger en el FD 5º los elementos fácticos relevantes, “no cabe derivar que el resultado [*de la venta*] era previsible ni se incidió en un comportamiento negligente”. Efectivamente, la venta del producto en cuestión no fue negligente porque el fallecido bien podría haber conseguido su objetivo con la ingesta de, por ejemplo, sulfamán o algún otro producto tóxico que, como el que adquirió, no estuviera sometido a exigencia reglamentaria alguna, sino que era de libre comercio.

En el ámbito de la causalidad, como señala MÚRTULA LAFUENTE (2008), ninguno de los criterios de imputación objetiva que tradicionalmente ha aplicado el TS es satisfactorio a la hora de establecer el vínculo de causalidad entre uno y otro evento. Es más, tratándose de un suicidio, la jurisprudencia suele considerar que la acción consciente y voluntaria del suicida excluye la imputación de aquellas terceras personas, a no ser que la conducta fuera previsible por éstas y cayera dentro de su esfera de control. Así, en este caso, y a pesar de la esquizofrenia paranoide que padecía, quedó probado que “el comprador conocía las características tóxicas del producto y, precisamente, lo adquirió para provocarse la muerte” (FD 7º).

Por otra parte, y como indica el TS a mayor abundamiento, no se le pueden exigir al empleado más deberes de cuidado que los propios de su profesión. El conocimiento de las dolencias del comprador claramente excedía de dichos deberes. Por ello, la inexistencia de responsabilidad civil del empleado *ex* artículo 1902 CC impide aplicar, a su vez, el artículo 1903 CC para trasladar dicha responsabilidad a la empleadora por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, a pesar de la advertencia (no probada) que la madre del fallecido había dirigido a la demandada semanas atrás.

⁵ Sentencia comentada por Virginia MÚRTULA LAFUENTE (2008), “Comentario a la Sentencia de 16 de octubre de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, Enero/Abril 2008, págs. 441 - 457.

7. STS, 1ª, 19.10.2007 (Ar. 8627). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Responsabilidad parciaria entre cocausantes de un daño.

Hechos: El 5.6.1994, durante un espectáculo pirotécnico autorizado por el Ayuntamiento de Terrassa, uno de los cohetes explotó tardíamente al impactar contra el suelo bajo un vehículo estacionado, provocando que se desprendieran esquirlas de metal que hirieron a varios espectadores. El cohete, que presentaba un defecto en uno de sus elementos, había sido fabricado por “Pirotecnica Villena, S. Coop. V.”. El Ayuntamiento había mantenido la zona de seguridad mínima reglamentaria entre el área de fuego y el espacio destinado a los espectadores.

Disposiciones estudiadas: artículo 1902 CC.

Demanda: Doce espectadores perjudicados demandaron a la “Asociación de Vecinos Grupo Montserrat”, organizadora del espectáculo, al Ayuntamiento de Terrassa, a “Pirotecnica Villena, S. Coop. V.”, a su aseguradora y a Jesús Ángel, encargado de la empresa, y solicitaron indemnizaciones por daños y perjuicios por una suma total de 617.247,04 €.

Procedimiento: El JPI núm. 1 de Terrassa (3.3.1998) desestimó las demandas por ausencia de relación de causalidad, al considerar que los daños eran imputables a un defecto de la mecha fabricada por una empresa no demandada. La AP de Barcelona (Sección 1ª, 12.5.2000) estimó en parte el recurso de apelación, condenó al Ayuntamiento de Terrassa, a “Pirotecnica Villena, S. Coop. V.” y a su aseguradora a pagar solidariamente 354.042,8 €, y absolvió al resto de demandados. Consideró que en la producción del accidente habían concurrido dos causas: en un 50% el defecto del cohete, aunque no se probó que la mecha fuera el elemento defectuoso, y en el otro 50 % la falta de las medidas de seguridad necesarias, por insuficiencia de la distancia de seguridad y por haber permitido el aparcamiento de vehículos.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la aseguradora de la pirotécnica y estimó el del Ayuntamiento de Terrassa fundado en infracción del artículo 1902 CC. Fijó la responsabilidad del Ayuntamiento de Terrassa en un 30% de los daños pues éste “debió analizar con atención la determinación del área de seguridad, para personas y vehículos, por lo que no debe ser exonerado, (...) pero en ningún caso ese comportamiento puede ponerse en el mismo nivel que el hecho de disparar un cohete que no se encontraba en buenas condiciones” (FD 8º).

Comentario: El Tribunal aprecia la concurrencia de dos causas en la causación del accidente: la actuación claramente negligente de la empresa pirotécnica fabricante del cohete defectuoso, y la omisión de las medidas de seguridad necesarias por parte del Ayuntamiento autorizante, aunque esta última con una contribución causal menor que la anterior en el resultado dañoso⁶. La

⁶ En el mismo período, la STS, 20.10.2007 (Ar. 8667; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), que resuelve un supuesto en que un espectador sufrió lesiones en un ojo como consecuencia del impacto de un fragmento de material

Sentencia destaca porque es uno de los pocos casos en los que el TS aplica la regla de la parciariedad en la distribución de la responsabilidad entre los sujetos responsables, ya que desde los años 60 la jurisprudencia de derecho de daños ha optado de forma constante por la regla de la solidaridad, evitando de este modo el Tribunal que los responsables se vean obligados a iniciar un segundo proceso para determinar sus respectivas cuotas⁷.

El TS recurre a la teoría de la responsabilidad por riesgo para atribuir la responsabilidad al Ayuntamiento, confirmando así la jurisprudencia consolidada en esta materia, que se basa en el riesgo considerablemente anormal que implican los espectáculos pirotécnicos para la integridad física de las personas que participan en ellos⁸. No obstante, la Sentencia, siguiendo esta línea jurisprudencial, no objetiviza de forma absoluta la responsabilidad del Ayuntamiento organizador del evento, sino que exige una conducta adecuada para producir el resultado dañoso, que se concreta en la falta de adopción de todas las medidas necesarias para evitar la producción de los daños materiales y corporales, resultando insuficiente la diligencia reglamentaria⁹, pues la realidad fáctica evidenció que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles resultaron ineficaces.

8. STS, 1ª, 4.12.2007 (Ar. 2008\39). MP: Francisco Marín Castán

La arrendataria de vivienda, y no su propietaria, responde de los daños causados por las cosas que caen desde la misma (art. 1910 CC).

Hechos: El 21.7.1989, una maceta, que había sido colgada por la arrendataria con un aro de hierro en el balcón de un quinto piso de un inmueble de Madrid, se descolgó y cayó sobre la cabeza de la conserje de 65 años causándole la muerte en el acto. El día del accidente soplaban un fuerte viento. La propietaria, quien vivía en Barcelona, había arrendado el inmueble a Carina y tenía

incandescente desprendido tras la explosión de unos artificios pirotécnicos, condena al Ayuntamiento organizador por omisión de las medidas de seguridad adecuadas y absuelve a la empresa pirotécnica porque la fabricación, instalación y lanzamiento fue correcta.

⁷ Véase entre otras las SSTs, 24.3.1991 y 13.10.1994 que condenan solidariamente al Ayuntamiento y a la empresa pirotécnica en supuestos de hecho muy parecidos al de la sentencia comentada.

⁸ Antonio ORTI VALLEJO (2006), "Capítulo XVI. La responsabilidad civil en la práctica de actividades de ocio peligrosas", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 1663; y Áurea RAMOS MAESTRE (2007), "La responsabilidad civil por accidentes pirotécnicos: análisis jurisprudencial", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 1223-1240.

⁹ Órdenes Ministeriales de 20.10.1988 por la que se regula la manipulación y uso de artificios en la realización de espectáculos públicos de fuegos artificiales (BOE núm. 260, de 29.10.1988) y de 2.4.1989 que modifica la anterior (BOE núm. 260, de 3.3.1989).

contratado un seguro multiriesgo de comunidades de propietarios con “AGF Unión Fénix, S.A.”, cuya cobertura se limitaba a la responsabilidad civil del propietario del inmueble asegurado.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902, 1907 y 1907 CC y 9 LPH reglas 2ª y 6ª.

Demanda: Bernardo, viudo de la fallecida, demanda a Romeo, Luis Enrique y Lourdes, viudo e hijos de la propietaria del piso, a “AGF Unión Fénix, S.A.” y Carina, arrendataria del piso, y solicita una indemnización de 90.151,82 € por los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su esposa con base en los artículos 1902 y 1903 CC.

Procedimiento: El JPI núm. 58 de Madrid (11.7.1997) estimó en parte la demanda, condenó a la arrendataria a pagar 48.080,97 € y absolvió al resto de demandados con base en el artículo 1910 CC, pues la primera y no la propietaria es la “cabeza de familia” a efectos del artículo citado. La AP de Madrid (Sección 13ª, 12.7.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por la arrendataria y estimó el del demandante en el sentido de condenar a todos los demandados a pagar solidariamente 60.101,21 € con base en los artículos 1902, 1907 y 1910 CC y 9 LPH reglas 2ª y 6ª, pues la propietaria omitió la diligencia debida al no advertir a la arrendataria sobre el peligro que representaban las macetas.

El TS estimó los recursos de casación interpuestos por el viudo e hijos de la propietaria y la aseguradora, a quienes absolvió. La SAP infringió: a) el artículo 1907 CC, porque no se probaron las malas condiciones del aro que sujetaba la maceta; b) el artículo 1910 CC, que excluye de su ámbito al “propietario-arrendador de la vivienda”; y b) las reglas 2ª y 6ª del artículo 9 LPH al no estar el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. Finalmente, también infringió el artículo 1902 CC, porque la propietaria no incurrió en negligencia por no haber advertido a la inquilina del peligro que representaban las macetas, pues ello supondría “extender el ámbito del artículo 1910 CC a sujetos distintos del habitante de la casa (...) mediante la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión en la conducta del inquilino” (FD 2º).

Comentario: el Tribunal condena acertadamente a la arrendataria con base en el artículo 1910 CC, que sujeta al “cabeza de familia” que habita en una casa a la responsabilidad por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma con independencia de que hubiere cumplido sus deberes de cuidado. La jurisprudencia del TS considera “cabeza de familia” al sujeto que en virtud de cualquier título habita en la vivienda, y, en consecuencia, excluye de esta categoría al propietario-arrendador que no hace uso del inmueble, interpretación que consideramos correcta pues es la persona que habita en una casa la que se encuentra en mejor posición de evitar el accidente¹⁰.

Descartada la responsabilidad de la propietaria no ocupante del inmueble por el artículo 1910 CC, se le puede exigir responsabilidad extracontractual con base en el genérico artículo 1902 CC,

¹⁰ En este sentido, SSTS, 1ª, 20.4.1993 (Ar. 3103); 6.4.2001 (Ar. 3636) y 22.7.2003 (Ar. 5852).

en los supuestos en los que la causa del daño fuera el mal estado de las instalaciones de la vivienda y, conociendo dicha circunstancia, no las hubiera reparado¹¹. Sin embargo, no es exigible ni legal ni racionalmente a la propietaria una constante y exhaustiva supervisión de la vivienda arrendada, por lo que, es extralimitado pretender que la propietaria del piso que vivía en Barcelona advirtiera que la arrendataria del quinto piso tenía en el balcón una maceta dentro de un aro.

Asimismo, la reparación del hierro que sujetaba la maceta podría ser considerada una de las que exige el desgaste por el uso ordinario de la vivienda y que, según el artículo 21.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, son a cargo del arrendatario.

9. STS, 1ª, 20.12.2007 (Ar. 9054). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Responsabilidad objetiva del poseedor de animales y culpa exclusiva de la víctima.

Hechos: En las instalaciones de un circo, Braulio, sin autorización alguna y actuando a su riesgo, sorteó las vallas que delimitaban la jaula de los tigres, abrió el pestillo de seguridad que cerraba la trampilla a través de la cual se alimentaba a los animales, metió el brazo izquierdo en la jaula para introducir el recipiente utilizado para dar de beber a los tigres, y uno de ellos le arrancó el brazo de cuajo. Braulio, quien trabajaba en el circo, no era el cuidador habitual de los tigres y era plenamente consciente de la agresividad de los mismos.

Disposiciones estudiadas: artículo 1905 CC

Demanda: Braulio demandó a Bárbara, dueña de los animales, a su aseguradora y al Ayuntamiento de Vall d'Uxó, que había concedido la licencia de actividad, y solicitó una indemnización 420.708,47 € en concepto de lesiones permanentes.

Procedimiento: El JPI núm. 2 de Nules (12.2.1998) desestimó la demanda al apreciar culpa exclusiva de la víctima. La AP de Castellón (Sección 3ª, 1.9.2000) desestimó el recurso de apelación y confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Braulio fundado en la infracción del artículo 1905 CC. "La causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra (...) en la propia conducta de aquél, quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus consecuencias, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo inherente a la tenencia y utilización de los animales y el resultado lesivo producido" (FD 2º).

¹¹ En este sentido, SAP Cuenca, 14.1.2004 (Ar. 793) y SAP Málaga, 4.2.2005 (Jur 2005\85796) citadas por Ana Mª COLÁS ESCANDÓN (2006), "La responsabilidad derivada del art. 1910 y su aplicación en la práctica", *Aranzadi Civil* 4/2006, pp. 2135-2176

Comentario: la importancia de la sentencia radica en que son pocos los casos en los que los tribunales aprecian culpa exclusiva de la víctima en la responsabilidad objetiva derivada del artículo 1905 CC¹². La responsabilidad del poseedor del animal, o del que se sirve de él, por los daños que este cause constituye uno de los supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en el Código civil, basada en el riesgo que por su naturaleza comporta la tenencia o utilización de animales. Sin embargo, el precepto admite la exoneración de la responsabilidad del poseedor del animal o quien se sirve de él cuando pruebe que en el curso casual de los hechos interfirió fuerza mayor o culpa de la víctima.

En la sentencia comentada el TS considera que la conducta de la víctima es causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido por lo que exonera a la poseedora del tigre de la responsabilidad objetiva del artículo 1905 CC por culpa exclusiva de la víctima. En efecto, aunque la víctima pudo prever la reacción agresiva por parte de los tigres, actuó poniendo la mano dentro de la jaula asumido y aceptado, por tanto, ese posible resultado, y, por ende, sus consecuencias lesivas (FD 8º).

10. STS, 2ª, 27.12.2007 (Ar. 9067). MP: Julián Sánchez Melgar

Indemnización de 6.000 € para resarcir el daño moral de una menor, de 7 años de edad, víctima de abusos sexuales.

Hechos: En el verano de 2003, José Luis fue a buscar a la piscina a Rocío, de 7 años de edad, hija de su compañera sentimental. José Luis llevó a Rocío a su casa, se desnudó y convenció a la niña para que hiciera lo mismo. Una vez desnudos, José Luis echó crema en su mano y la extendió por la zona vaginal y anal de la menor y luego frotó su pene en aquellas zonas sin llegar a penetrarla.

Disposiciones estudiadas: artículos 21.5 y 116 CP.

Procedimiento: El JI nº 4 de Sabadell incoó procedimiento abreviado. Antes de la celebración del juicio oral, José Luis entregó 1.500 € en concepto de responsabilidad civil. La AP de Barcelona (Sección 20ª, 18.10.2006) condenó a José Luis como autor de un delito de abuso sexual a dos años de prisión - apreciando la atenuante de reparación del daño (artículo 21.5 CP) -, a indemnizar a Rocío en 6.000 € por los daños morales sufridos y a no acercarse a la menor ni comunicarse con ella durante los tres años siguientes a la finalización de la condena.

El TS estimó en parte el recurso interpuesto por la acusación particular, casó la sentencia de instancia y dictó una nueva en que condenó a José Luis a tres años de prisión y no apreció la atenuante de reparación del daño por la desproporción existente entre la cantidad anticipada y la solicitada por la representante legal de la menor (6.000 €).

¹² Elena VICENTE DOMINGO (2006), "Capítulo XV. Los daños causados por animales", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1612-1613.

Comentario: Como ya señaló la STS, 2ª, 16.5.1998 (Ar. 4878), en un caso de agresión sexual, “[a] diferencia de los daños materiales y sus perjuicios, ahora no acreditados, florecen, sin necesidad de prueba como se ha dicho antes, los daños morales, de altísima consideración en infracciones de esta naturaleza en las que se menoscaba frontalmente la dignidad de la persona humana (...) Pero más allá de la justificación de semejante opción indemnizatoria, lo verdaderamente importante es la imposibilidad de fijar los parámetros para la fijación de una cuantía concreta” (FD 9º).

En el presente caso el impacto psíquico se encuentra acreditado mediante informe pericial. No obstante, los jueces penales son proclives a indemnizar el daño moral sin exigir prueba del impacto psíquico. Según GÓMEZ POMAR, en delitos contra la libertad sexual, esta proclividad se debe a que “las indemnizaciones por daño moral se aplican como sanción en los casos en que el daño patrimonial es típicamente bajo”¹³. Este autor apunta que, además de los efectos psíquicos negativos sobre la víctima, los factores principales en la fijación del *quantum* del daño moral en esta clase de delitos son la gravedad de los hechos y la relevancia y repulsa social que merecen.

Con base a los criterios anteriores, apenas diez meses antes, en un supuesto de hecho muy similar, la STS, 2ª, 16.2.2007 (Ar. 1926) había condenado al compañero sentimental de la madre de una niña de 12 años a indemnizar a la víctima también con 6.000 € en concepto de daño moral. En cambio, la STS, 2ª, 27.1.2001 (Ar. 191) confirmó la cuantía indemnizatoria fijada por la AP de Sta. Cruz de Tenerife (Sección 2ª, 17.12.1999), que sólo había indemnizado en 3.000 € a la menor que había sido víctima de abusos sexuales continuados a los 12 años y de agresión sexual a los 13 años por parte de su padre.

¹³ Fernando GÓMEZ POMAR (2000), “Daño Moral”, *InDret 1/2000*, p. 9.

II. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2006 *

11. STS, 1ª, 2.1.2006 (Ar. 129). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Responsabilidad de empresa. Accidente de helicóptero en el que el piloto fallece y los pasajeros sufren lesiones graves.

12. STS, 1ª, 27.1.2006 (Ar. 615). MP: Pedro González Poveda

Responsabilidad de empresa y de los padres por los daños causados por sus hijos. Niño de 10 años de edad arroja desde un puente una piedra de 2,5 Kg. que impacta contra el pasajero de un autobús y le causa la muerte.

13. STS, 1ª, 27.2.2006 (Ar. 694). MP: Encarnación Rocas Trias

Ausencia de responsabilidad de la compañía ferroviaria por no haber incrementado el riesgo de daños. Epiléptico sufre un ataque y fallece al caerse a la vía férrea y quedar atrapado por el mecanismo de frenado del tren.

14. STS, 1ª, 8.3.2006 (JUR 2006\103628). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos. Un grupo de niños esconde una botella de sulfamán que habían comprado en un supermercado, otros niños la encuentran y uno de ellos sufre la pérdida de visión de un ojo al derramársele el líquido.

15. STS, 1ª, 9.3.2006 (JUR 2006\109720). MP: José Antonio Seijas Quintana

Asunción de riesgo en la práctica deportiva. Jugador de golf lanza una pelota que se desvía por el viento y golpea a otro jugador, causándole la muerte.

16. STS, 1ª, 31.5.2006 (Ar. 3494). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de empresa por incremento del riesgo. Ciclista, participante en la Vuelta a España, sufre lesiones muy graves como consecuencia de una caída producida en un túnel insuficientemente iluminado.

17. STS, 3ª, 27.6.2006 (JUR 2006\191025). MP: Margarita Robles Fernández

Responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio. Funcionaria de 50 años cae en la escalera de la Delegación del Gobierno de Andalucía y sufre lesiones graves.

18. STS, 3ª, 30.6.2006 (Ar. 6580). MP: Enrique Lecumberri Martí

* Selección y comentarios por Sonia Ramos, Esther Farnós, Laura Alascio y Rosa Milà.

Responsabilidad patrimonial de la Administración por la privación de la posibilidad de abortar. Mujer da a luz a un niño con malformaciones que no habían sido detectadas durante el control médico del embarazo.

19. STS, 1ª, 20.12.2006 (Ar. 9248). MP: José Antonio Seijas Quintana

Ausencia de responsabilidad de la clínica por las negligencias médicas de sus profesionales no contratados. Negligencia médica en operación quirúrgica de extracción de quiste que causa la extirpación de un ovario a la paciente.

20. STS, 1ª, 20.12.2006 (Ar. 439). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Concurrencia de culpas en el caso de menores. Niño de 13 años recoge un artefacto abandonado tras una mascletá, el cual explota y causa la pérdida de su mano derecha.

11. STS, 1ª, 2.1.2006 (Ar. 129). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Responsabilidad de empresa.

Hechos: “Viaprom Televisión, S.A.” (en adelante, “Viaprom S.A.”) contrató a Carlos Manuel, cámara profesional, para la grabación desde un helicóptero de tomas aéreas de la estación de esquí “Sol y Nieve” de Sierra Nevada. Con este fin, contrató, a su vez, los servicios de “Helisol, S.A.” que, por su parte, había arrendado a “Heliswiss Ibérica, S.L.” un helicóptero de su propiedad y los servicios de uno de sus pilotos, conservando la segunda las facultades de gestión y control de la navegación. El 29.1.1990, Carlos Manuel viajaba con los pasajeros José Carlos y Abelardo a bordo del helicóptero, que volaba con una elevación menor a la establecida en el Reglamento de Circulación Aérea¹⁴, cuando una fuerte ráfaga de viento desestabilizó la aeronave y la hizo estrellarse contra el suelo. Como consecuencia del accidente, el piloto falleció y los pasajeros sufrieron graves heridas (*sin especificar*).

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC; artículo 124 Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.

Demanda: Carlos Manuel, de una parte, y José Carlos, Abelardo y “Viaprom, S.A.”, de otra, demandaron a “Heliswiss Ibérica, S.L.”, a “Helisol, S.A.” y a “La Unión y el Fénix Español, S.A.”, y solicitaron sendas indemnizaciones (*no consta cuantía*).

Procedimiento: el JPI nº 8 de Granada (23.6.1997) estimó en parte las demandas y condenó a las demandadas a pagar 192.936 € a Carlos Manuel, 72.871,76 € a José Carlos, 11.777,77 € a Abelardo y 24.166,70 € a “Viaprom S.A.”. La AP de Granada (Sección 3ª, 1.2.1999) desestimó el recurso de apelación interpuesto por “Heliswiss Ibérica, S.L.” y estimó el de Carlos Manuel, en el sentido de aumentar su indemnización a 237.740,43 €, y el de “Helisol, S.A.”, a la que absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la propietaria del helicóptero. El accidente se debió al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad del piloto, pues en el vuelo “no se observaron las prescripciones del Reglamento de Circulación Aérea” (F.D. 2º). La responsabilidad por hecho ajeno no corresponde a “Helisol, S.A.”, que había asumido “limitadas facultades respecto de la utilización comercial de la aeronave” y aunque “daba instrucciones de vuelo al piloto”, al contradecir éstas la seguridad del vuelo, la decisión final sobre su ejecución correspondía al piloto. Por otro lado, “Heliswiss Ibérica, S.L.” responde por los daños causados por su dependiente, pues había retenido “en cuanto propietaria, la posesión y el control de la aeronave a través de la dotación, lo que supone, más que un arrendamiento de cosa, un arrendamiento de obra o *locatio operis* que [le] obliga (...) a la obtención de un resultado (los viajes encargados por la arrendataria), que es precisamente lo que retribuye el precio convenido, y no la detención o el uso de la aeronave” (F.D. 4º).

¹⁴ Aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero (BOE núm. 17, de 19.1.2002).

Comentario: uno de los requisitos de la responsabilidad vicaria es la existencia de una relación entre principal y agente que legitima al primero para controlar los actos del segundo¹⁵. En este caso, el TS aprecia una relación de dependencia entre el piloto y la empresa propietaria de la aeronave, "Heliswiss Ibérica, S.L.", que se había reservado la gestión y control de la navegación, por lo que ejercía funciones de control, vigilancia y dirección en las labores encargadas al piloto. A su vez y por esa misma regla, el Tribunal niega la dependencia del piloto respecto a "Helisol, S.A.". Además, aquél no debía obedecer las instrucciones de vuelo que la sociedad le había dado al ser contrarias al Reglamento de Circulación Aérea y disponer de autonomía en la toma de decisiones sobre la seguridad del vuelo.

12. STS, 1ª, 27.1.2006 (Ar. 615). MP: Pedro González Poveda

Responsabilidad de empresa y de los padres por los daños causados por sus hijos.

Hechos: José Augusto, de 10 años, y su hermano Rafael, de 7, se encontraban en un paso elevado situado en el punto kilométrico 92,5 de la autopista A-9, cuando el primero arrojó una piedra de unos 25 cm. y 2,5 Kg., de forma intencionada, desde la barandilla del puente hacia la calzada. La piedra atravesó el parabrisas de un autobús e impactó contra Carlos Miguel, uno de los ocupantes del vehículo. Como consecuencia del accidente, Carlos Miguel sufrió una contusión torácica que le provocó la muerte.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC.

Demanda: Estíbaliz, madre de Carlos Miguel, demandó a Evaristo e Inés, padres de José Augusto, y a "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.", y solicitó una indemnización de 180.303,63 €.

Procedimiento: el JPI nº 1 de Padrón (24.10.1995) estimó en parte la demanda y condenó a Evaristo e Inés y a "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A." al pago de 90.151,82 €. La AP de La Coruña (Sección 3ª, 10.3.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.", a la que absolvió.

El TS estimó el recuso de casación interpuesto por Estíbaliz, revocó la SAP y confirmó la SJPI. "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A." contribuyó con su actuación negligente en la producción del resultado dañoso, al no haber fijado en el puente las medidas que hubieran podido paliar y dificultar el riesgo creado. Según el Tribunal, la conducta de los menores no interrumpió el nexo causal, pues no se aprecia dolo en su actuación dada su falta de discernimiento para apreciar la gravedad y las consecuencias de sus actos.

¹⁵ Pablo SALVADOR y Carlos GÓMEZ (2002), "Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización", *InDret 3/2002* (www.indret.com), p. 5.

Comentario¹⁶: la empresa concesionaria de la autopista responde solidariamente porque no había adoptado las medidas de seguridad que hubieran evitado los daños causados por el menor que arrojó la piedra o, en otros términos, porque había incrementado el riesgo de daños. Se trata, por lo tanto, de un caso de concurrencia de causas: la actuación del menor y la omisión de la empresa concesionaria. Ambas tienen relevancia jurídica: la primera porque es imputable a la culpa *in vigilando* de los padres; la segunda, porque el Tribunal atribuye a la empresa concesionaria la adopción de la diligencia necesaria para evitar este tipo de accidentes, exigencia que sitúa la responsabilidad de la empresa al borde de la responsabilidad objetiva. No es la primera vez que el Tribunal Supremo utiliza este razonamiento para asegurar una indemnización a la víctima mediante la condena a una entidad que ofrece mayores garantías de solvencia.

Para alcanzar esta solución no hubiera sido necesario que el TS entrara en la problemática cuestión de la imputabilidad subjetiva de los daños cuando el causante es un menor de entre 7 y 15 años, ni en la eficacia de la conducta del menor para interrumpir el nexo causal en relación con la actuación de la empresa. Según el Tribunal, “no cabe calificar la conducta de los menores, de siete y diez años de edad, como «torpe, intencional y dañosa», (...)” (F.D. 2º), por lo que la actuación del menor no interrumpe la relación de causalidad.

La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS tiende a juzgar la conducta de los menores con edades comprendidas entre 7 y 15 años en términos de negligencia, pero el estándar de diligencia exigible es más leve que el de los adultos. Hay que tener en cuenta también que, si bien los tribunales tienden a excusar travesuras y avatares de los juegos propios de la infancia, no hacen lo mismo con la conducta claramente despreciativa de peligros que todo niño de su edad debería prever, y tampoco la conducta antijurídica: los terceros no tienen por qué anticipar y prevenir el daño conexo a un acto voluntario, arriesgado y a veces incluso ilícito cometido en vísperas de la pubertad¹⁷.

Asimismo, son relevantes los parámetros que el legislador utiliza en distintas leyes especiales: así, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE nº 11, de 13.1.2000), considera penal y civilmente responsables a los menores de edad desde que cumplen los catorce años (arts. 1.1 y 61.3 LORPM)¹⁸.

¹⁶ Comentada por Fernando DE FRANCO PAZ (2007), “Fallecimiento por el impacto de una piedra arrojada desde un puente situado sobre una autopista de peaje. Doctrina de la causalidad adecuada. Interrupción del nexo causal”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 73, pp. 153-164.

¹⁷ Josep FERRER I RIBA y Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, “Niños y adolescentes”, *InDret* 1/2000, pp. 7 y ss.

¹⁸ Esther GÓMEZ CALLE (2003), “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en L. FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 461 y ss.

13. STS, 1ª, 27.2.2006 (Ar. 694). MP: Encarnación Rocas Trias

Ausencia de responsabilidad de la compañía ferroviaria por no haber incrementado el riesgo de daños.

Hechos: el 16.9.1993, José Pablo esperaba el tren, cuando cayó a la vía como consecuencia de un ataque epiléptico. El maquinista que, en esos momentos, entraba a la estación a una velocidad muy baja, advirtió la situación e intentó detener el tren. No obstante, José Pablo falleció después de estar, durante al menos una hora, atrapado por el mecanismo de seguridad del tren diseñado para evitar el descarrilamiento en casos de obstáculos en la vía.

Disposiciones estudiadas: artículo 1902 CC.

Demanda: Germán y Fátima, padres de la víctima, demandaron a Everardo, maquinista, a "RENFE" y a "Hércules, Compañía de Seguros", y solicitaron una indemnización de 48.080,97 €.

Procedimiento: el JPI nº 5 de Valencia (2.12.1997) estimó en parte la demanda, absolvió a Everardo y condenó a "RENFE" y a "Hércules, Compañía de Seguros" al pago de 36.060,73 €. La AP de Valencia (Sección 7ª, 31.3.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, revocó la SJPI y desestimó la demanda.

El TS desestimó el recurso de casación de los actores al no apreciar creación de un riesgo por parte de la compañía ferroviaria, "a quien no se puede imputar que un mecanismo pensado y diseñado para proporcionar mayor seguridad a los trenes en los accidentes, produjera un daño en una situación totalmente distinta" (F.D. 3º).

Comentario: no se puede responsabilizar a la compañía ferroviaria de un daño imprevisible derivado de la activación de un mecanismo pensado para fomentar la seguridad de los viajeros. Una posible lectura de la sentencia en términos de costes de los accidentes es la siguiente: la víctima debe soportar los costes los de daños sufridos cuando éstos son menores que aquéllos que evita el mecanismo de frenado del tren. Además, no puede desconocerse que, en último término, los daños traen causa en el ataque epiléptico que sufrió la víctima, hecho fácilmente calificable como imprevisible¹⁹.

¹⁹ El TS falló en sentido contrario en un caso similar resuelto por la STS, 1ª, de 14.6.2006 (Ar. 3537; MP: Román García Varela), en el que un epiléptico, tras sufrir un ataque, cayó en una charca y murió ahogado. Con fundamento en la culpa exclusiva de la víctima (F.D. 2º), el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los padres contra la absolución del Ayuntamiento.

14. STS, 1ª, 8.3.2006 (JUR 2006\103628). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos.

Hechos: el 22.6.1993, cinco menores adquirieron dos botellas de sulfumán y un rollo de papel de aluminio a Paula y Marco Antonio, trabajadores del supermercado propiedad de “Supermercats Jodofi, S.L.”, situado en el Camping Mas Patotxes de Pals. El objetivo de los menores era realizar un experimento consistente en hacer explotar una botella de Coca-Cola. Una vez finalizado el experimento, guardaron el sulfumán en una tubería de unas obras que se llevaban a cabo en el mismo camping. Más tarde, otros menores de más corta edad encontraron la botella y se vertió líquido sobre uno de ellos, Eloy, quien perdió la visión de su ojo izquierdo y sufrió varias secuelas físicas y psicológicas.

Disposiciones estudiadas: arts. 1902 y 1903 CC, 26 Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Demanda: los padres de la víctima, Alberto y Esperanza, demandaron a Paula, Marco Antonio, “Supermercats Jodofi S.L.”, “Camping Mas Patotxes, S.L.”, las aseguradoras “Eagle Star, S.A.” y “Zurich, S.A.”, a Mariano y su hijo, Ángel y su hijo, Jorge y su hijo, y Juan Ignacio y su hijo, y solicitaron 120.202 € por la pérdida de visión del ojo (o 60.010 € en caso de que recuperara parcialmente la visión), 4.712 € por los días de baja y 8.644,35 € por los gastos médicos.

Procedimiento: el JPI nº 3 de la Bisbal (23.12.1997) estimó en parte la demanda y condenó a los padres e hijos demandados al pago de 58.505,64 €.

La AP de Girona (Sección 1ª, 24.3.1999) estimó en parte el recurso de Alberto y Esperanza; asimismo, estimó sólo los recursos de Jorge y su hijo, y de Ángel y su hijo, a quienes absolvió, y condenó a los demás padres e hijos, a los vendedores, a “Supermercats Jodofi, S.L.”, “Camping Mas Patotxes, S.L.” y a las aseguradoras al pago de 168.027 €.

El TS estimó los recursos de Alberto y Esperanza y condenó a los padres que habían sido absueltos por la AP, al camping y a su aseguradora. Asimismo, estimó los recursos de “Eagle Star, S.A.” y “Supermercats Jodofi, S.L.”, a las que absolvió junto con los vendedores y los otros menores condenados por la AP. Con independencia de que no se hubiera probado cuál de los menores ocultó el producto sobrante, existió un acuerdo de voluntades para la actividad creadora del riesgo, lo que sirve como criterio de imputación objetiva y común del daño, repercutible en los padres de los menores por la trasgresión de su deber de vigilancia sobre los hijos sometidos a su potestad.

Comentario²⁰: el TS sólo considera relevantes a efectos de responsabilidad la actuación del camping, del supermercado y de los padres. No, en cambio, la de los menores, a diferencia de la

²⁰ Sentencia comentada por Laura GÁZQUEZ SERRANO en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 73, 2007, pp. 343-367, y por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 247-263.

AP. A los dos primeros les aplica el régimen tradicional de responsabilidad por culpa con resultados contrarios.

Respecto al supermercado, y a diferencia, otra vez, de la decisión de la AP, el Tribunal no admite que la venta de sulfumán a menores sea considerada como conducta negligente, pues este producto es de venta libre y la actuación de los empleados del supermercado es totalmente independiente del uso correcto o incorrecto que se haga del producto.

Sin embargo, el TS considera acertada la decisión de la AP, que condena al camping, dado que el experimento funcionó, y, de hecho, la botella explotó, por lo que hubo falta de vigilancia por parte de los empleados del recinto, que no se percataron de las actividades de los menores.

El juicio de culpa es menos relevante para el Tribunal en el caso de los padres para con la actuación de sus hijos, pues no es nuevo que la responsabilidad de los padres en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS *ex* artículo 1903.2 CC es cuasi objetiva.

Cabe destacar, por último, el uso de la solidaridad como remedio para solventar un problema de incertidumbre causal: en efecto, el Tribunal imputa solidariamente los daños a todos los padres demandados porque, si bien no es seguro qué menores intervinieron en cada fase del experimento, constata que hubo un acuerdo de voluntades entre ellos para realizarlo y, más tarde, esconder la botella de sulfumán sin prever que pudieran encontrarla otros menores.

15. STS, 1ª, 9.3.2006 (JUR 2006\109720). MP: José Antonio Seijas Quintana

Asunción de riesgo en la práctica deportiva.

Hechos: el 16.11.1991, Luis Manuel, quien jugaba a golf en el “Club de Golf Terramar” de Sitges, falleció tras recibir el impacto de una pelota lanzada por Ismael, que se encontraba en una calle distinta y separada de la de la víctima por una arboleda que impedía la visualización entre los dos jugadores. El lanzamiento en cuestión había sido técnicamente incorrecto a causa del viento que soplaba en la zona.

Disposiciones estudiadas: arts. 1104 y 1902 CC.

Demanda: Lucía, viuda del fallecido, en su nombre y en el de sus hijos, demandó a Ismael, al “Club de Golf Terramar”, “La Estrella S.A. de Seguros” y “Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros”, y solicitó una indemnización de 281.237 € de las tres primeras y de 1.803 € de la cuarta.

Procedimiento: el JPI nº 2 de Vilanova i la Geltrú (22.5.1996) estimó en parte la demanda y condenó al pago de 111.908 €, con el límite de 1.803 € para “Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros”. La AP de Barcelona (Sección 15ª, 12.5.1999) estimó los recursos de “Club de Golf Terramar”, “La Estrella S.A. de Seguros” e Ismael, a quienes absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Lucía: “[l]a idea del riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materiales peligrosos, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, no organizativa, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto del de la culpa. Se asume el riesgo desde la idea de que se conoce y se participa de él y de que el jugador es consciente de que no existe en el desarrollo de una buena práctica deportiva, más allá de lo que impone la actividad en concreto, porque confía en la actuación de los demás” (F.D. 3º).

Comentario: la sentencia aplica el criterio de la asunción del riesgo para exonerar de responsabilidad a los demandados, confirmando la doctrina del TS sobre responsabilidad en la práctica del deporte, según la cual los riesgos que éste implica deben ser asumidos por quienes lo practican, a no ser que hayan sido creados negligentemente por un tercero. Circunstancia que el Tribunal no aprecia en la actuación del jugador que lanzó la pelota.

Desde un punto de vista analítico, es relevante la distinción que el TS realiza en el caso entre asunción del riesgo y responsabilidad por riesgo. En efecto, el concepto tradicional de responsabilidad por riesgo, entendida como la imputación de daños derivados de actividades de riesgo a quienes las explotan y se benefician de ellas, no es aplicable al caso, pues la causa de los daños escapa al control de la organización que gestiona el campo de golf. No forma parte de los riesgos que tiene que anticipar y prever la organización que una pelota lanzada se desvíe de su trayectoria correcta a causa del viento.

16. STS, 1ª, 31.5.2006 (Ar. 3494). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de empresa por incremento del riesgo.

Hechos: el 6.5.1989 y durante la 13ª etapa de la 44ª edición de la Vuelta Ciclista a España, que partía de Benasque con dirección a Jaca, uno de los participantes de un grupo de 180 ciclistas sufrió lesiones muy graves como consecuencia de la caída sufrida en el interior de un túnel insuficientemente iluminado con dos focos halógenos situados a unos 50 metros de la boca norte del túnel y diversas bombillas en el resto del recorrido. Antes de la carrera, su Director había indicado al Comisario de la misma que se habían tomado las medidas oportunas y que se cumplían todas las disposiciones. “Unipublic, S.A.”, encargada de la organización y control de la carrera, había advertido del peligro al Jefe de la Unidad de Huesca de la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón, quien, a su vez, había encargado de forma verbal la iluminación a una empresa de Sabiñánigo.

Disposiciones estudiadas: arts. 1103, 1902 y 1903 CC.

Demanda: Bruno demandó a “Unipublic, S.A.” y “Caja de Seguros Reunidos, S.A.” y solicitó una indemnización de 480.810 €.

Procedimiento: el JPI de Boltaña (31.7.1998) estimó en parte la demanda y condenó a los demandados al pago de 360.607,26 € más el interés anual del 20% desde la fecha del siniestro. La AP de Huesca (15.7.1999) desestimó los recursos de apelación de los demandados, estimó el del actor y revocó la SJPI en el sentido de fijar la indemnización en 480.809,68 €.

El TS desestimó el recurso de casación de “Unipublic, S.A.” y confirmó la SAP: “[f]unciones inherentes a la organización son (...) la de adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos propios de esta práctica deportiva, riesgos que son distintos de los que la propia competición genera y que, a diferencia de aquellos, los profesionales conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad (...) Es [la] falta de medidas de seguridad la que aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño (...) [E]l daño aparecía como probable y lógico para quien organizaba la carrera y éste no se hubiera materializado de haberse celebrado en un escenario más favorable para la integridad y salud del ciclista” (F.D. 3º).

Comentario: la práctica de actividades deportivas de riesgo, como el ciclismo profesional, no escapa a la responsabilidad del art. 1902 CC cuando el daño deriva de riesgos creados por un tercero que asume la función de velar por la seguridad de la competición y crea razonablemente entre los participantes la expectativa de que desarrollará tal función diligentemente. El TS fundamenta la responsabilidad de la organización demandada en la infracción de deberes de cuidado cuyo cumplimiento hubiera reducido o evitado los daños, en la creación de riesgos adicionales a los que por ser inherentes al deporte son aceptados por quienes lo practican, o bien en la vulneración de la confianza que la organización genera razonablemente entre los participantes.

17. STS, 3ª, 27.6.2006 (JUR 2006\191025). MP: Margarita Robles Fernández

Responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio.

Hechos: el 13.3.1997, Penélope, de 50 años de edad, se cayó en una escalera de mármol de la sede de la Delegación del Gobierno de Andalucía en Granada, donde trabajaba como funcionaria. A consecuencia de la caída sufrió fractura de coxis, esguince en su tobillo izquierdo y diversas contusiones, lo que agravó la enfermedad degenerativa ósea que padecía. La escalera tenía más de un siglo y sus peldaños estaban desgastados y carecían de bandas antideslizantes.

Disposiciones estudiadas: art. 106.2 CE; art. 139 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre²¹.

Procedimiento: Penélope reclamó a la Consejería de Gobernación y Justicia de Andalucía una indemnización de 473.372,76 €, que ésta denegó mediante Resolución de 13.5.1998.

²¹ Por la que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (DOL núm. 393, de 30.12.1989).

El TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª, 5.10.2001) desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la víctima, pues consideró que la caída fue fortuita y no debida al estado de la escalera.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Penélope y condenó a la Consejería al pago de 120.000 €: “[e]n unas condiciones de uso como las de las escaleras a las que nos venimos refiriendo, resultaba imprescindible la instalación de mecanismos tendentes a la prevención de posibles accidentes y al no haberlo hecho así la Administración demandada, es evidente que debe predicarse la responsabilidad patrimonial de la misma, al concurrir los requisitos definidores de dicha responsabilidad” (F.D. 4º). Asimismo, la Administración debió instalar elementos antideslizantes en la escalera, de acuerdo con lo previsto por la Directiva 89/654/CEE, que tenía efecto directo vertical desde el 31.12.1992, fecha en la que finalizó el plazo de transposición. El Real Decreto 486/1997, de 14 de abril²², la transpuso al ordenamiento jurídico español.

Comentario: los daños causados por caídas fortuitas son riesgos generales de la vida que, por lo general, la víctima debe asumir. Sin embargo, en el caso la caída era previsible debido al mal estado de la escalera, aunque no lo eran los daños causados. La víctima padecía una enfermedad ósea degenerativa que el accidente agravó. La cuantía indemnizatoria, 120.000 €, da razón de la gravedad de las lesiones.

El caso recuerda a los que en las jurisdicciones estadounidenses se resuelven mediante la aplicación de la *Eggshell Skull Doctrine*. De acuerdo con esta doctrina, los Tribunales condenan a indemnizar el total de los daños causados a las víctimas con condiciones preexistentes que las hacen especialmente vulnerables, incluso cuando los daños son imprevisibles. Existe una explicación económica para ello: si no se indemnizara el total de estos daños, los causantes potenciales no los tendrían en cuenta en el cálculo del nivel de precaución óptimo²³.

18. STS, 3ª, 30.6.2006 (Ar. 6580). MP: Enrique Lecumberri Martí

Responsabilidad patrimonial de la Administración por la privación de la posibilidad de abortar.

Hechos: durante el seguimiento médico del embarazo de María Cristina en los primeros meses del año 2000, se le practicaron varias pruebas que no detectaron las malformaciones con las que nació su hijo. Consta probado que un correcto barrido ecográfico hubiera detectado los defectos del feto en el 100% de los casos.

²² Por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (BOE núm. 97, de 23.4.1997).

²³ Omri BEN-SHAHAR (2000), “Causation and Forseeability”, en BOUKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II: Tort Law & Unjust Enrichment*, Cheltenham-Eward Elgar, p. 663, (disponible en encyclo.findlaw.com), y la doctrina allí citada.

Procedimiento: María Cristina y Carlos José reclamaron a la “Consellería de Sanidad e Servicios Sociais” una indemnización de 72.000 € en concepto de daño moral derivado de la privación de optar por la interrupción del embarazo, que el Consejero denegó de manera presunta y, posteriormente, mediante resolución de 20.11.2001.

El TSJ Galicia (Sección 1ª, 29.9.2004) desestimó el recurso contencioso administrativo.

El TS estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora, casó la STSJ Galicia y estimó íntegramente la reclamación: “en los supuestos de daño moral (...) sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de (...) responsabilidad patrimonial” (F.D. 4º).

Comentario: la cuestión central de la acción de daños en los supuestos de nacimientos de hijos con malformaciones en los cuales el médico no había informado a la madre de las mismas (*wrongful birth*) es la identificación del daño que resulta indemnizable. El principal daño a tener en cuenta en este tipo de acciones debería ser el moral, consistente en la privación del derecho a decidir libremente sobre la aceptación o rechazo de un determinado tratamiento médico²⁴, y no el corporal, consistente en las malformaciones sufridas por el hijo, ni tampoco los económicos asociados a los mayores cuidados que requiere el hijo. En efecto, sólo el daño moral es imputable a la infracción de un deber de diligencia, esto es, el deber inexcusable de los médicos de informar de las enfermedades previsibles del feto, fundamentado en el derecho de autonomía del paciente, previsto en el art. 4 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y documentación clínica y, en último término, en el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

En cambio, el daño corporal y sus consecuencias económicas no son imputables causalmente a ninguna negligencia médica, por lo que la prueba de la infracción del deber de información sólo es causa del resarcimiento del daño moral definido anteriormente. La sentencia comentada sólo llega hasta aquí y, de hecho, no podía ir más allá porque los actores limitaron el *petitum* de la demanda a tal partida de daño.

Sin embargo, el Tribunal abre la puerta a la indemnización de otras partidas cuando analiza la relación de causalidad no verificable entre el conocimiento por la madre de las malformaciones del feto y la posibilidad de abortar por causas eugenésicas. En contra de una línea jurisprudencial

²⁴ “Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma” (F.D. 4º, STS, 1ª, 10.5.2006, Ar. 2399; 21.12.2005, Ar. 10149; y 8.9.2003, Ar. 6065; entre otras).

de la Sala Primera (SSTS, 1ª, 7.7.2002, Ar. 5216; 4.2.1999, Ar. 1999), que atribuye la carga de la prueba a la víctima, el Tribunal, siguiendo en este punto la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, así como la propia jurisprudencia de la Sala Tercera (SSTS, 3ª, 18.5.2002, Ar. 2002\5740; 14.7.2001, Ar. 6693), hace recaer sobre el médico la carga de probar que la decisión de la madre de continuar con el embarazo habría sido la misma con un diagnóstico acertado.

El Tribunal no resuelve cuál es el alcance de los daños indemnizables y, hasta la fecha, no existe una jurisprudencia uniforme al efecto²⁵. En todo caso, creemos que los daños indemnizables no deberían equivaler a todos los daños derivados del parto, morales y económicos, porque así se estarían equiparando los casos de privación del derecho de la madre a decidir sobre la continuación del embarazo con los casos de daños físicos causados al feto por negligencias médicas.

19. STS, 1ª, 20.12.2006 (Ar. 9248). MP: José Antonio Seijas Quintana

Ausencia de responsabilidad de la clínica por las negligencias médicas de sus profesionales no contratados.

Hechos: con ocasión de la extracción de un quiste, la Sra. Melisa contrató los servicios médicos del ginecólogo Armando, quien formaba parte del cuadro médico de la “Mutua de Telefónica de España, S.A.”, a la que a su vez pertenecía el marido de la paciente y que también la cubría. Dado el concierto de dicha Mutua con la “Clínica Girona, S.A.”, la operación se llevó a cabo en dicha clínica, donde como consecuencia de una negligencia médica se le tuvo que extirpar un ovario a la paciente. La Mutua pagó los gastos de asistencia.

Disposiciones estudiadas: art. 1903 CC.

Demanda: Melisa demandó al ginecólogo, a “Clínica Girona, S.A.” y a aseguradora “Winterthur”, y solicitó una indemnización de 438.925,15 € u otra cantidad que se considerara más ajustada a derecho.

Procedimiento: el JPI núm. 5 de Girona (11.12.1998) condenó a los demandados al pago de 69.610,6 €. La AP de Girona (Sección 2ª, 18.11.1999) estimó el recurso de apelación de la “Clínica Girona S.A.” y de su compañía de seguros y, en parte, los de la actora y el ginecólogo, por lo que la AP revocó la SJPI, absolvió a la Clínica y a su compañía de seguros y fijó la indemnización en 78.545,98 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la actora y confirmó la SAP: “[E]l facultativo que realizó la intervención y que causó el daño (...) no formaba parte de la plantilla de la Clínica (...) y las lesiones sufridas son atribuibles exclusivamente a una mala praxis médica (...)

²⁵ Vid. Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU (2004), “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003”, en *InDret* 2/2004 (www.indret.com).

[E]s evidente la inaplicación al caso del art. 1903 del Código Civil (...) [L]a Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones (...) y a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios (...) y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción u omisión culposa (...) del profesional que intervino (...) pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios asistenciales para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1902 (...) No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto del médico" (F.D. 1º).

Comentario: la sentencia resuelve si el centro sanitario privado debe responder civilmente *ex art.* 1903.4 CC por las negligencias médicas de los profesionales sanitarios cuando éstos no pertenecen a su cuadro médico y la clínica se limita a permitir que utilicen sus instalaciones y a proporcionar los medios técnicos necesarios para llevar a cabo el acto médico. El TS, en el caso, niega la existencia de una relación de dependencia entre el centro y el profesional médico – incluso funcional o económica-, y desplaza la responsabilidad civil del centro del art. 1903.4 al art. 1902 CC, limitándola a los daños derivados de actos y omisiones negligentes propios. La sentencia repite, con matices, el fallo de las anteriores SSTs, 1ª, 10.5.2006, Ar. 2399; 4.10.2004, Ar. 6066; 23.12.2002, Ar. 914; 18.10.2001, Ar. 8645; 14.5.2001, Ar. 6204; 23.3.1993, Ar. 2545; 11.11.1991, Ar. 8720. Sin embargo, otra línea jurisprudencial de la Sala 1ª matiza el rigor de la jurisprudencia anterior y afirma que la responsabilidad del centro médico *ex art.* 1903.4 CC no precisa de una clara relación de dependencia, como lo es la laboral, sino que basta que el centro se reserve facultades de fiscalización, vigilancia y control (SSTs, 1ª, 19.6.2001, Ar. 4974; 8.4.1996, Ar. 2882).

La Sala 1ª ya había aplicado este concepto amplio de relación de dependencia para ampliar el círculo de responsables en casos de arrendamientos de obra y servicios, es decir, no sólo en casos de obligaciones de resultado, sino también de medios, más próximas a las que caracterizan el ejercicio de la medicina curativa (véanse, entre otras, las SSTs, 1ª, 3.4.2006, Ar. 1871; 2.11.2001, Ar. 9641; y 3.10.1997, Ar. 7089). En efecto, no es razonable ni conforme a derecho que no esté sujeto a responsabilidad quien aparece y se presenta en el tráfico y ante el público como principal y desarrolla, en el marco de la organización creada, la misma actividad que el profesional que aparece como agente suyo. Tampoco cabe proteger a la organización con el resultado de privar de la protección del artículo 1903.4 CC a la víctima, quien quedaría expuesta a un riesgo superior de insolvencia total o parcial de un único agente condenado. Y, por último, una organización debe retener el control de lo que ocurre en su esfera de actividad profesional (*Retained Control*²⁶), que coincide en su naturaleza con la actividad propia del profesional mismo²⁷.

²⁶Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn. West Group, 2000, págs. 668-671.

²⁷ Fuera de nuestra jurisdicción, el caso de referencia en el *Common Law* es *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital* (33 Ill.2d 326, 211 N.E. 2d 253 (1965)), en el cual un traumatólogo había tratado al actor de una fractura en la pierna en el hospital demandado, pero el paciente acabó sufriendo una gangrena: el actor demandó al hospital alegando que éste a) debería haber dispuesto de enfermeros o enfermeras suficientemente preparados para reconocer los primeros síntomas de la gangrena; y b) debería haber supervisado de algún modo efectivo el tratamiento médico. El Tribunal de Illinois resolvió que, efectivamente, los deberes del hospital no eran delegables e inició con esta decisión una jurisprudencia hoy pacífica.

20. STS 20.12.2006 (Ar. 439). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Concurrencia de culpas en el caso de menores.

Hechos: el 19.3.1994, tras la *mascletà* del día de San José en Xirivella (Valencia), Marco Antonio, de 13 años, recogió un artificio sin explotar de la falla Don José María, el cual explotó con posterioridad. Como consecuencia del accidente, Marco Antonio sufrió incapacidad para sus ocupaciones habituales durante 60 días y secuelas consistentes en la amputación de la mano derecha, pérdida de la movilidad de la muñeca y cicatrices visibles en cuello y pómulo. El recinto sólo estaba protegido por dos cintas de tela adhesiva que permitían fácilmente el acceso.

Disposiciones estudiadas: arts. 1902 y 1903 CC

Demanda: María Rosa, en nombre de su hijo Marco Antonio, demandó al Ayuntamiento de Xirivella, a la “Comisión Directiva de la Falla Don Jose María de Xirivella”, comitente del espectáculo pirotécnico, a Raúl, pirotécnico, y a “AGF Unión fénix, S.A.”, y solicitó una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Procedimiento: el JPI nº 3 de Mislata (11.11.1997) estimó la demanda. La AP de Valencia (Sección 7ª, 29.1.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por “AGF Unión fénix, S.A.”, revocó en parte la SJPI y condenó a los codemandados al pago de 12.020,24 €. La AP calculó la indemnización aplicando orientativamente el baremo (L 30/95) y la redujo en un 50% al apreciar concurrencia de culpa de la víctima.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por la demandante y casó la SAP en el sentido de aumentar la indemnización a 81.000 €. El Tribunal apreció una notoria desproporción entre las bases del sistema legal del baremo asumido a título orientativo (L 30/1995) y la indemnización fijada en la SAP, pues de su aplicación derivaba una cantidad de 90.000 €. Asimismo, consideró que la actuación del menor sólo contribuyó en un 10% en la causación del accidente: “A los demandados les es imputable una omisión concreta y específica de medidas de seguridad que debieron adoptar y no adoptaron y que adquirió relevancia respecto del resultado en virtud de un descuido evidente que se añadió a dicha omisión (...). Por el contrario, al menor accidentado únicamente se le imputa el conocimiento de la peligrosidad de los artificios que cabe presumir dada su edad, por lo que resulta evidente que la relevancia causal es notoriamente inferior, dado que a dicha edad cabe suponer (...) un grado considerable de inclinación lúdica y desprecio a los peligros” (F.D. 9º).

En España, el caso de referencia, que no establece jurisprudencia civil -pues procede de la Sala Tercera del Tribunal Supremo-, pero que aplica normas civiles -arts. 1902 y concordantes del CC -, es el ya citado en la selección de sentencias de 2004, resuelto por la Sentencia de la STS, 3ª, 22.11.2004 (Ar. 20): un dique de una balsa de residuos mineros, propiedad de Boliden Apirsa, cede y, como consecuencia, se produce el vertido de su contenido al río Guadiamar a su paso por Aznalcóllar (Sevilla). El Tribunal declara la responsabilidad no delegable de la empresa minera titular de la explotación.

Comentario: esta Sentencia plantea dos cuestiones. En primer lugar, da razón de la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que rectificando criterios iniciales, ha aceptado la aplicación de los baremos para valorar los daños personales causados en ámbitos distintos a los accidentes de circulación [SSTS, 1ª, 19.5.2006 (Ar. 3276); 10.2.2006 (Ar. 674); y 11.11.2005 (Ar. 9883)], sin que ello suponga “admitir la existencia de una laguna legal” (F.D. 5º)²⁸. La cuestión nueva que aporta el Tribunal Supremo es la relativa a la necesidad de aplicar estrictamente el baremo si el juzgador lo escoge de manera orientativa: “la valoración dada por [AP en el caso] nada [tenía] que ver con la que realmente correspondería de haberse aplicado estrictamente aun cuando lo fuera de modo orientativo” (F.D. 6º).

En segundo lugar, en relación con la distribución de la culpa entre los demandados y el menor, no opera el principio de confianza como criterio de exoneración de la responsabilidad de la organización, pues ésta se encontraba en condiciones de anticipar la presencia de niños o adolescentes en su esfera de influencia y, en particular, al llevar a cabo una actividad que puede resultar atractiva para ellos, la de los artificios pirotécnicos, debió elevar su estándar de diligencia y adecuarlo a la mayor probabilidad de accidentes²⁹.

²⁸ Para un análisis más exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la aplicación orientativa de los baremos véase Álvaro LUNA, Sonia RAMOS e Ignacio MARÍN (2006), “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación y por prisión indebida”, *InDret 3/2006* (www.indret.com).

²⁹ Josep FERRER I RIBA y Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, “Niños y adolescentes”, *InDret 1/2000*.

III. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2005*

21. STS, 1ª, 3.2.2005 (Ar. 1458). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz

No hay fines concurrentiales ni daños indemnizables. Artículo publicado en revista corporativa de "Eroski, Sociedad Cooperativa" en el que se da noticia de que una muestra de queso fresco de "Mantequería Las Nieves, SA" tenía el germen listeria y de que su envase carecía de fecha de caducidad.

22. STS, 1ª, 8.2.2005 (Ar. 949). MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

Responsabilidad contractual del centro médico para evitar la prescripción de la acción. Vasectomías sucesivas erróneas, tras las que la mujer del paciente quedó embarazada dos veces. La primera, dio a luz a una niña y, la segunda, abortó.

23. STS, 2ª, 24.2.2005 (Ar. 2030). MP: Francisco Monterde Ferrer

Las personas jurídicas no pueden sufrir daño moral. Delito de insolvencia punible para eludir el pago de una deuda de letras de cambio, que provoca una situación económica crítica de la empresa acreedora.

24. STS, 2ª, 25.4.2005 (Ar. 6547). MP: Carlos Granados Pérez

Confirmación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana, las arcas donde aferrarse. Síndrome Ardystil.

25. STS, 1ª, 6.7.2005 (Ar. 9531). MP: Antonio Romero Lorenzo

El empresario no tiene el deber de controlar a los empleados que permanezcan en las instalaciones fuera de su jornada laboral. Trabajador fallece desnucado al caer al suelo tras explotar un bidón que contenía disolvente inflamable, sobre el que se apoyó para soldar la chapa de su vehículo fuera de jornada laboral.

26. STS, 1ª, 6.9.2005 (Ar. 6745). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Los padres de una niña de corta edad no tienen derecho a indemnización por la muerte de su hija al no haber cuidado de ella diligentemente. Niña fallece ahogada al caer en una alberca ajena.

27. STS, 2ª, 26.9.2005 (Ar. 7336). MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Los captores responden de los daños sufridos por la víctima durante su huída. Víctima de sendos delitos de robo con intimidación, de detención ilegal y contra la integridad moral sufre daños personales y materiales al arrojarle por la ventana.

28. STS, 1ª, 11.10.2005 (Ar. 8769). MP: Pedro González Poveda

* Selección y comentarios por Antonio Fernández Crende.

Agencia de viajes, por falta de previsibilidad, mayorista, por falta de información, y víctima, por asunción del riesgo, son culpables concurrentes de lo sucedido. Víctima de un atentado terrorista en Egipto mientras disfrutaba de un viaje turístico.

29. STS, 3ª, 18.10.2005 (Ar. 2006\307). MP: Enrique Lecumberri Martí

La Administración penitenciaria debe tratar coactivamente a los presos enfermos como depositaria de su vida, salud e integridad física. Recluso fallece tras haberse negado a recibir tratamiento contra SIDA y tuberculosis.

30. STS, 3ª, 30.11.2005 (Ar. 2006\1395). MP: Rafael Fernández Valverde

El Estado debe ser solidario con las víctimas del terrorismo. Asistente a una fiesta popular de Santurce fallece como consecuencia de los disparos de un grupo de individuos no identificados, de ideología diferente a la de los asistentes, que habían organizado una manifestación no autorizada.

21. STS, 1ª, 3.2.2005 (Ar. 1458). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz

No hay fines concurrenciales ni daños indemnizables.

Hechos: en enero de 1995, “Eroski, Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios” (en adelante, “Eroski”) publicó en su revista corporativa, cuyo ámbito de difusión es el País Vasco, un artículo titulado “Queso fresco, con mucho cuidado”, en el que se realizaba un estudio comparativo de siete marcas comerciales de queso fresco de Burgos y se afirmaba que la muestra del fabricado por “Mantequería Las Nieves, S.A.” tenía el germen listeria y que su envase carecía de fecha de caducidad. El artículo fue reportado por otros medios de prensa del mismo ámbito territorial y de zonas limítrofes sin que tal difusión hubiera sido propiciada por “Eroski”.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC y arts. 1, 2, 3, 5, 9 y 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE nº 10, de 11.1.1991), en adelante LCD.

Demanda: “Mantequería Las Nieves, S.A.” demandó a “Eroski” fundamentando su demanda en la LCD, y, subsidiariamente, en el art. 1902 CC; y solicitó una indemnización de 150.253 € por daños morales y de 809.599,37 € por daños y perjuicios materiales y la publicación de la sentencia en los mismos medios de prensa que difundieron la noticia.

Procedimiento: el JPI nº 1 de Durango (14.6.1996) desestimó íntegramente la demanda. La AP de Bilbao (Sección 5ª, 30.7.1998) desestimó el recurso y confirmó la SJPI.

El TS declaró no haber lugar al recurso. En primer lugar, consideró que la LCD no era aplicable al caso, pues “la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una sociedad o asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de la competencia desleal. [...] [L]a sociedad demandada no es una empresa concurrente, su publicación no se incardina en la previsión de los artículos 1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal” (F.D. 3º). En segundo lugar, no apreció responsabilidad extracontractual al tratarse de una actuación diligente y no haber nexo causal: “Eroski se ve amparada en su derecho a defender una información que estima veraz y, por tanto, no negligente. [...] [N]o hay nexo causal entre aquella información y un daño patrimonial sufrido” (F.D. 4º).

Comentario³⁰: esta sentencia suscita un par de cuestiones: en primer lugar, sobre la aplicabilidad de la LCD, la afirmación categórica que realiza el TS no parece suficientemente argumentada. Dice el Tribunal, “[L]a sociedad demandada no es una empresa concurrente”, pero el art. 3.2 LCD no exige tal requisito subjetivo, pues establece que “[l]a aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”. Prosigue, “la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de competencia desleal”. Continúa errando el Tribunal, puesto que, para excluir la

³⁰ Comentada por A. RUBÍ PUIG (2005), “Competencia desleal y libertad de expresión”, *InDret 3/2005*, working paper nº 291.

aplicabilidad de la LCD, está realizando un juicio propio del art. 9 LCD que regula los actos de denigración.

En segundo lugar, sobre la procedencia de un remedio indemnizatorio, la solución a la que llega el Tribunal parece algo más razonable. A falta de indicios que demuestren alguna práctica carente de buena fe como podría ser la posibilidad de chantaje reputacional o alguna forma de oportunismo por parte de "Eroski", la publicación de un artículo *informativo* debe quedar amparada precisamente por el derecho a la libertad de información, siempre y cuando la publicación sea veraz y haya sido contrastada diligentemente.

22. STS, 1ª, 8.2.2005 (Ar. 949). MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

Responsabilidad contractual del centro médico para evitar la prescripción de la acción.

Hechos: el 26.10.1990, José se sometió a una vasectomía practicada por el Dr. Bruno en el centro médico "Equip Multidisciplinar d'Atenció i Informació" (en adelante, "EMAI"). Con posterioridad, su esposa Paloma se quedó embarazada y dio a luz a una niña, por lo que José se hizo sendas pruebas de paternidad y fertilidad que dieron positivo. El 1.10.1992, el mismo médico le practicó una nueva vasectomía en el mismo centro, constituido entonces en sociedad limitada (en adelante, "EMAI, S.L."). A pesar de ello, Paloma volvió a quedarse embarazada, aunque el 16.6.1994 sufrió un aborto por causas naturales.

Disposiciones estudiadas: arts. 1101, 1544, 1902 y 1903 CC.

Demanda: José y Paloma demandaron al Dr. Bruno, a "EMAI, S.L." y a "Winterthur Seguros, S.A." por responsabilidad contractual *ex* arts. 1101 y 1544 CC y, acumulativamente, por responsabilidad extracontractual *ex* art. 1902 y 1903 CC; y solicitaron una indemnización de 54.091,09 € "por los gastos económicos que han de afrontar para atender a su hija" (F.D. 1º b).

Procedimiento: el JPI nº 36 de Barcelona (12.12.1997) estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar una indemnización de 45.256,21 €. La AP de Barcelona (Sección 16ª, 30.7.1998) desestimó el recurso y confirmó íntegramente la SJPI.

El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por "EMAI, S.L." al considerar que: a) esta entidad había sucedido a EMAI en todos sus derechos y obligaciones, pues "se da entre ambas sociedades, la unidad de negocio y de actuación que las unifica en sus responsabilidades, lo que en derecho laboral, con fundamento jurídico traspasable en estos aspectos a este campo civil, se llama sucesión o continuación de empresas" (F.D. 2º); b) en este caso, existe la posibilidad de acumular ambas acciones e, incluso, "es más clara aún la aplicación del concepto de arrendamiento de servicios, con su vínculo contractual, a la clínica" (F.D. 3º); c) la acción del demandante no había prescrito y, en todo caso, el *dies a quo* debería ser el del segundo embarazo debido a que "la actuación de ambas sociedades, como continuadoras una de otra, y del médico

dentro de ellas (a las que sigue la aseguradora), hacen que la actividad sea seguida" (F.D. 4º); y d) la acción de la demandante tampoco había prescrito ampliando a su favor la eficacia de la prescripción contractual, pues "no se trata, la actuación aquí de marido y mujer, de unas actividades separadas, sino claramente unidas por una petición con una fuerte solidaridad activa, ya que el resultado que se busca para la actuación médico-clínica, es único, dado que la vasectomía practicada a aquél, debe de tener efecto en ella y ambos resultados no se deben desconectar, teniendo un mismo fin, el de la posibilidad de seguir realizando ambos una vida sexual activa, sin el temor al resultado del embarazo" (F.D. 4º).

Comentario: en este caso de negligencia médica, consistente en la práctica de dos vasectomías sucesivas erróneas, el Tribunal mezcla, de forma confusa, argumentos de responsabilidad contractual y extracontractual para resolver problemas de prescripción.

Lo más interesante de la sentencia es que el Tribunal amplía la eficacia de la prescripción contractual a la codemandante, esposa de quien efectivamente había contratado la realización de ambas vasectomías con el centro médico. Esto implica reconocer una eficacia del contrato frente a terceros, que, sin duda, resulta muy forzada.

Quizás, como apunta el F.D. 4º, otra vía para evitar la prescripción de la acción de la codemandante, más acertadamente en sede de responsabilidad extracontractual, hubiera sido considerar ambas vasectomías como una actuación continuada del centro médico y posponer el *dies a quo* a la fecha en que el matrimonio tuvo conocimiento del segundo embarazo.

23. STS, 2ª, 24.2.2005 (Ar. 2030). MP: Francisco Monterde Ferrer

Las personas jurídicas no pueden sufrir daño moral.

Hechos: el 8.2.1989, Alejandro y su esposa Paloma constituyeron una sociedad en Castellón (en adelante, "la sociedad"), cuyo nombre y forma societaria no constan, y que tenía por objeto la comercialización, compraventa y fabricación de prendas de vestir. Esta sociedad mantuvo relaciones comerciales con "Confecciones Salri, S.A.", a la cual adeudó 44.268,42 € por medio de letras de cambio que resultaron impagadas a fecha de vencimiento. Por ello, el 25.3.1993, "Confecciones Salri, S.A." presentó demanda ejecutiva turnada al JPI nº 7 de Castellón que, el 19.10.1993, señaló diligencia de embargo. Cuando se procedió al registro del domicilio de la sociedad, ésta había desaparecido como tal y en el local se hallaba desarrollando su actividad la empresa "Magar's" regentada por Paloma. Posteriormente, el 12.11.1993, Alejandro y Paloma, con la finalidad de eludir el pago de la deuda y ocultar sus bienes, constituyeron "Danza, Disfraces y Baño, S.L." a la que transmitieron todo el activo, fondo de comercio y cartera de clientes de la sociedad. Como consecuencia del impago, "Confecciones Salri, S.A." sufrió una "situación económica crítica" (A.H. 2º).

Disposiciones estudiadas: arts. 109, 110 y 113 CP.

Procedimiento: el JPI nº 3 de Castellón incoó procedimiento abreviado. La SAP Castellón (Sección 2ª, 21.1.2004) condenó a Alejandro y a Paloma como autores de un delito de insolvencia punible a sendas penas de prisión y multa y, asimismo, a indemnizar a “Confecciones Salri, S.A.” con 50.268,42 €, de los cuales 6.000 € en concepto de daño moral. Finalmente, declaró la responsabilidad civil directa y solidaria de las empresas “Magar’s” y “Danzas, Disfraces y Baño, S.L.”.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por Alejandro y Paloma, casó la sentencia de instancia y dictó una nueva en el sentido de eliminar la partida de 6.000 € relativa a los daños morales. El TS consideró que “la categoría del daño moral y su propia existencia sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano. La expresión agraviado, con su extensión a familia o a terceros, que emplea el art. 113 CP, parte, sin duda de esta idea” (F.D. 2º). Sin embargo, afirmó: “[e]videntemente, la fama, el crédito o la reputación de una persona jurídica, como daño material podrá ser reparado, pero no como daño moral” (F.D. 2º).

Comentario³¹: en esta sentencia, el Tribunal Supremo sostiene una postura respecto al daño moral de las personas jurídicas que *InDret* viene defendiendo desde hace algunos años. En este sentido, F. GÓMEZ POMAR (2002, p. 4)³² afirma que “económicamente, la existencia de un daño no patrimonial de una empresa es una contradicción en los términos. Las empresas y, en general, las organizaciones, no son entidades capaces de experimentar utilidad o bienestar. Sólo los individuos (...) tienen preferencias sobre el mundo que se traducen en funciones de utilidad. Las empresas, desde el punto de vista económico, se analizan como entes que disponen, más modestamente en términos conceptuales, nada más que de funciones de producción y de ingresos”.

Sin embargo, A. Mª RODRÍGUEZ GUITIÁN (2006, p. 11) admite el daño moral de las personas jurídicas y exige al demandante que pruebe una *circunstancia excepcional* que sea *indiciaria* del mismo.

24. STS, 2ª, 25.4.2005 (Ar. 6547). MP: Carlos Granados Pérez

Confirmación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana, las arcas donde aferrarse.

Hechos: entre 1989 y 1993, “Ardystil”, “Aero-Bris”, “Aero-Reig”, “Aeroman, S.L.”, “Aerotex, S.L.” y “Aerografía Textil, S.L.”, situadas en la zona industrial de Alcoy, Muro de Alcoy y

³¹ Comentada por A. Mª RODRÍGUEZ GUITIÁN (2006), “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?”, *InDret* 2/2006, working paper nº 334.

³² F. GÓMEZ POMAR (2002), “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas”, *InDret* 4/2002, working paper nº 105. Véase también F. GÓMEZ POMAR (2000), “Daño moral”, *InDret* 1/2000, working paper nº 6.

Cocentaina, se dedicaban a la estampación textil aerográfica por medio de pistolas neumáticas que eran cargadas con una mezcla de petróleo, ácido acético y diversos productos de “Bayer” para lo que no eran aptos y, asimismo, utilizaban tricloroetano 1.1.1 para la limpieza de las telas. Además, las empresas contaban con diferentes fuentes de calor, carecían de ventilación adecuada y no disponían de mascarillas con filtros en buen estado para todos sus trabajadores. La combinación de los productos mencionados y de las fuentes de calor causó a los trabajadores diferentes afecciones respiratorias: en la empresa “Ardystil”, cinco trabajadoras fallecieron a causa de bronquitis obliterantes con neumonías organizadas (BONO) y veintiún trabajadores contrajeron aquella enfermedad o neumopatías, a pesar de que, el 6.9.1990, el inspector de trabajo Franco realizó una inspección y promovió sendas actas de infracción y de liquidación referidas a la falta de alta de cuatro trabajadores, pero no comprobó el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene; en el resto de empresas, un trabajador falleció por BONO y cuarenta y tres contrajeron neumopatías.

Disposiciones estudiadas: arts. 21 y 22 CP de 1973.

Procedimiento: el JI nº 3 de Alcoy instruyó procedimiento abreviado. La SAP Alicante (Sección 3ª, 30.6.2003) condenó a Franco como autor de un delito de imprudencia temeraria y a María, propietaria de “Ardystil”, como autora responsable de un delito de imprudencia temeraria profesional y de un delito contra la seguridad de los trabajadores a sendas penas de prisión; al resto de empresarios como autores de sendos delitos contra la salud de los trabajadores por imprudencia a penas de multa y, como autores de sendas faltas de imprudencia antirreglamentaria, a arresto menor; a todos los anteriores y a “Unión Alcoyana, S.L.”, aseguradora de “Aeroman, S.L.”, “Aerotex, S.L.” y “Aerografía Textil, S.L.”, a pagar indemnizaciones por muerte a los cónyuges, parejas de hecho y familiares de los fallecidos y por los días de baja y las secuelas a los perjudicados y a responder frente al Servicio Valenciano de Salud por los gastos sanitarios del tratamiento de los trabajadores; y a la Generalitat Valenciana a responder subsidiariamente de las indemnizaciones a los trabajadores de “Ardystil”.

El TS, en lo que aquí no interesa y tras estimar sendos recursos de casación interpuestos por Franco y Armando, propietario de “Aero-Bris”, mantuvo el resto de pronunciamientos, incluido el de responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana por los daños sufridos por los trabajadores: “el derogado artículo 22 del Código [Penal] de 1973 extendía su ámbito a la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos, que en el Código vigente residencia en un artículo propio, el artículo 121, cuyos presupuestos igualmente concurren en el caso que examinamos, ya que el Inspector de Trabajo actuó en el ejercicio de su cargo y funciones cuando llevó a cabo la inspección de la empresa Ardystil” (F.D. Único del recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana).

Comentario: J. PIÑEIRO SALGUERO y A. RUBÍ PUIG (2003, p. 9)³³ ya pusieron de manifiesto los paralelismos entre el caso Ardystil y el de la Colza: problemas de prueba de la causalidad, carácter masivo de los daños y búsqueda de un responsable solvente. Se reproducen aquí las críticas a convertir al Estado en un asegurador universal de riesgos por mediación del derecho de daños, cuando se puede establecer un sistema asistencial más barato de gestionar.

25. STS, 1ª, 6.7.2005 (Ar. 9531). MP: Antonio Romero Lorenzo

El empresario no tiene el deber de controlar a los empleados que permanezcan en las instalaciones fuera de su jornada laboral.

Hechos: el 12.12.1996, Matías, quien trabajaba para “Centro Comercial Conauto, S.A.”, permaneció en una de las naves de la empresa para arreglar un vehículo propio ya finalizada su jornada laboral. Mientras tanto, Imanol, otro trabajador de la empresa, soldaba con CO₂ la puerta de un turismo que apoyaba sobre dos bidones, uno de los cuales había contenido disolvente de limpieza inflamable, cuando este último explotó como consecuencia de la alta temperatura causada por la soldadura, desprendiendo hacia arriba su parte superior que golpeó en la careta protectora de Matías, quien cayó hacia atrás golpeándose la parte posterior de la cabeza en el suelo y falleció en el acto.

Disposiciones estudiadas: arts. 1101 y 1902 CC y arts. 15.4, 17 y 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE nº 269, de 10.11.1995).

Demanda: María Pilar, viuda de Matías, en su nombre y en el de sus dos hijos, demandó a Imanol y a “Centro Comercial Conauto, S.A.”, y solicitó una indemnización de 180.304 €.

Procedimiento: el JPI de Aoiz (12.11.1997) estimó en parte la demanda, y condenó a Imanol y a “Comercial Conauto, S.A.” al pago de 45.076 € a María Pilar y 22.538 € a cada uno de los hijos de la víctima. La AP de Navarra (Sección 3ª, 5.11.1998) estimó el recurso, revocó la SJPI y absolvió a los demandados.

El TS desestimó el recurso de casación al no considerar bien citado ningún precepto sobre valoración legal de la prueba por parte de la recurrente que intentó atacar la base probatoria utilizada por la Audiencia Provincial para absolver a los demandados que se había sustentado en que “el fallecido no había recibido orden de la empresa ni del encargado para llevar a cabo la labor que realizaba; sin que pueda exigirse a las entidades demandadas que vigilen a fin de que sus empleados no permanezcan en sus instalaciones después de la jornada laboral, pues tal estancia fuera de horario normal, sin que el trabajador se lo haga saber a la empresa, excede del control de la misma” (F.D. 2º).

³³ Véase J. PIÑEIRO SALGUERO/ A. RUBÍ PUIG (2003), “Ardystil II: un fallo esperado”, *InDret* 4/2003, working paper nº 179. Y también, J. PIÑEIRO SALGUERO/ A. RUBÍ PUIG (2002), “El síndrome Ardystil”, *InDret* 4/2002, working paper nº 108.

Comentario: un ejemplo de accidente de un trabajador que tiene la peculiaridad de que éste lo sufre fuera de su jornada y habiéndose quedado en la nave de la empresa para realizar una tarea por cuenta y en beneficio propio y sin haber recibido orden alguna del empresario. Estas circunstancias del caso dificultan considerar el accidente como un “accidente de trabajo” de acuerdo con lo establecido en el art. 115 del 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 29.6.1994) lo que daría lugar a la acción protectora de la Seguridad Social.

Cuestión distinta es si los daños derivados del accidente pueden ser resarcidos a la víctima por medio de los remedios generales de la responsabilidad extracontractual, arts. 1902 y 1903 CC (aunque el abogado de la parte recurrente no cita el segundo), posibilidad que el Tribunal cierra con toda rotundidad al considerar que la conducta del trabajador que se quedó en el lugar de trabajo después de haber concluido su jornada constituyó culpa exclusiva.

26. STS, 1ª, 6.9.2005 (Ar. 6745). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Los padres no tienen derecho a indemnización por la muerte de su hija al no haber cuidado de ella diligentemente.

Hechos: una niña de 4 años falleció ahogada al caer en la alberca de un cortijo propiedad de Lucio, quien había arrendado el pozo, la casa y las naves de ese mismo cortijo a los padres de la menor. Éstos, el día del accidente, fueron a trabajar junto con sus otros hijos y dejaron a la menor en el cortijo de unos vecinos, pero la menor salió a visitar a unas amigas y, entonces, fue cuando cayó a la alberca que se hallaba a nivel de suelo y sin protección alguna.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC.

Demanda: los padres de la menor, Carlos Alberto y Encarna, demandaron a Lucio y solicitaron una indemnización por daños y perjuicios (no consta cantidad).

Procedimiento: el JPI nº 2 de Loja (29.11.1997) desestimó la demanda. La AP de Granada (Sección 4ª, 21.1.1999) estimó en parte el recurso, revocó la SJPI y condenó al demandado al pago de 18.030,36 € al apreciar concurrencia de culpas.

El TS declaró haber lugar interpuesto por el demandado y revocó la SAP en el sentido de absolver al recurrente al considerar que no hubo nexo causal entre el comportamiento de éste y el daño en virtud del criterio de competencia de la víctima aplicado a los padres de la menor: “el control de la situación correspondía a la víctima o, si se prefiere otra expresión, a la parte que como tal se presenta, dadas las características del supuesto de hecho. Estaríamos ante una hipótesis cercana, adaptando al conflicto concreto la teoría formulada en general, a lo que se ha denominado en la doctrina competencia de la víctima [...] dicho sea entendiéndolo como víctima no

al menor sólo, que ha sufrido el daño en su persona, sino a quienes están legitimados para reclamar la indemnización por ser partícipes del dolor a cuyo pretium, en definitiva, nos estamos refiriendo" (F.D. 3º).

Comentario: el Tribunal Supremo excluye la relación de causalidad mediante la aplicación del criterio de competencia de la víctima –entendida ésta no como la menor fallecida, sino como los padres que reclamaron por la muerte de su hija- en el ámbito de la imputación objetiva.

Así, L. Díez-PICAZO (1999, p. 345)³⁴ realiza las siguientes consideraciones sobre el criterio de competencia de la víctima: "[l]a configuración de un contacto social puede hacer que el control de una situación no le competa sólo al autor del daño, sino también a la víctima. A veces es el mismo comportamiento de la víctima el que funda que sea a ella a quien haya de imputarse una consecuencia lesiva y puede ocurrir que la víctima se encuentre en tan desgraciada situación por obra del destino o por infortunio. De esta suerte, aunque el autor conozca las consecuencias lesivas de su comportamiento, puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella, cuando él se ha comportado conforme a su rol".

En esta ocasión, el Tribunal sostiene esta tesis, pero tampoco habría sido extraño que hubiera resuelto el caso con estándares de imputación subjetiva en el ámbito de la culpa o negligencia aplicando una regla de culpa comparativa.

27. STS, 2ª, 26.9.2005 (Ar. 7336). MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Los captores responden de los daños sufridos por la víctima durante su huida.

Hechos: Rafael y Víctor Manuel, junto a dos hombres no identificados, abordaron a Benito en la calle, le introdujeron en un coche y, tras varias amenazas pistola en mano, le arrebataron 150 € en efectivo, un teléfono móvil valorado en 400 € y una cadena de plata de 50 €. A continuación, le llevaron a una vivienda y, allí, le mostraron cinta adhesiva, cables, alicates y bisturís, además de las pistolas. Le dijeron que se desnudara, momento en el que la víctima, atemorizada, se lanzó contra la puerta de cristal del salón para huir del lugar. En su huida, Benito resultó herido en la rodilla derecha que requirió intervención quirúrgica, estuvo 240 días impedido para sus ocupaciones habituales y le quedó como secuela una cicatriz dolorosa en la misma rodilla, además de sufrir daños materiales en su ropa.

Disposiciones estudiadas: arts. 109 y 116 CP.

Procedimiento: el JI nº 25 de Madrid incoó procedimiento abreviado y lo remitió a la AP de Madrid. La SAP (Sección 6ª, 4.10.2004) condenó a Rafael y Víctor Manuel como autores del delito de robo con intimidación en las personas, un delito de detención ilegal y un delito contra la

³⁴ L. Díez-PICAZO (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

integridad moral a penas de tres, cuatro y un año de prisión, respectivamente, y a indemnizar a Benito con 150 €, 400 € por el teléfono y 50 € por la cadena sustraída.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Benito, casó y anuló la sentencia de instancia y dictó una nueva en la que condenó a Rafael y Víctor Manuel a indemnizar al recurrente también con 21.600 € por las lesiones, con 3.083.41 € por las secuelas y daño moral y con 81.30 € por los daños en la ropa. El Tribunal afirmó literalmente que “[e]n el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP” (F.D. 2º).

Comentario³⁵: en este caso, el Tribunal se plantea si, a pesar de que el delito contra la integridad moral tipificado en el art. 173.1 CP no tenga como bien jurídico protegido ni la integridad física ni el patrimonio de la víctima, puede responsabilizar a los culpables de ese delito por las lesiones y daños materiales sufridos por la víctima durante su huída.

El Tribunal da una respuesta afirmativa tras fundamentarla mediante el criterio de la provocación en sede de imputación objetiva, que ha sido diseñado por la doctrina³⁶ para hacer responsable a quien haya creado ilegítimamente un peligro para alguna otra persona o sus bienes de cualesquiera daños sufridos durante la persecución para atraparle o durante el intento de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro.

28. STS, 1ª, 11.10.2005 (Ar. 8769). MP: Pedro González Poveda

Agencia de viajes, por falta de previsibilidad, mayorista, por falta de información, y víctima, por asunción del riesgo, son culpables concurrentes de lo sucedido.

Hechos: Pablo concertó con “Viajes Iguazú, S.L.” un viaje turístico a Egipto ofertado por la empresa mayorista “Viamed, S.A.”. En agosto de 1994, durante el viaje a Egipto, Pablo se encontraba realizando una excursión en autobús por una zona conflictiva del país cuando se produjo un ataque terrorista como consecuencia del cual sufrió lesiones (no constan).

³⁵ Comentada en A. FERNÁNDEZ CRENDE (2006), “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación”, *InDret* 1/2006, working paper nº 313.

³⁶ Definición tomada de F. PANTALEÓN PRIETO (1993), “Comentario al artículo 1902 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 1986.

Disposiciones estudiadas: arts. 1101, 1105, 1902 CC y 25 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios (BOE nº 176, de 24.7.1984).

Demanda: Pablo demandó a “Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas” (en adelante, “AEDAVE”), a “Asociación Catalana de Viajes” (en adelante, “ACAV”), a “Viajes Iguazú, S.L.” y a “Viamed, S.A.”, y solicitó una indemnización 50.485 €.

Procedimiento: el JPI nº 10 de Madrid (18.3.1997) estimó en parte la demanda, apreció excepción de falta de legitimación respecto a “AEDAVE” y “ACAN” y condenó a “Viajes Iguazú” y a “Viamed, S.A.” a pagar 8.053,56 €. La AP de Madrid (Sección 10ª, 29.1.1999) desestimó los recursos de apelación interpuestos por “Viajes Iguazú” y “Viamed, S.A.” y estima en parte el interpuesto por Pablo en el sentido de aumentar la indemnización a 24.942 €.

El TS desestimó los recursos de casación interpuestos por “Viajes Iguazú”, “Viamed, S.A.” y Pablo. “Viajes Iguazú” alegó caso fortuito, sin embargo, el Tribunal desestimó el recurso “debido a que falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidados requeridos con arreglo a las circunstancias del caso, lo que hace inaplicable la excepción del art. 1105, al no darse la situación de imprevisibilidad o irresistibilidad requeridas por el precepto” (F.D. 3º). Respecto de “Viamed, S.A.”, el Tribunal afirmó que ésta había omitido información relevante, pues “la falta de información sobre las condiciones de seguridad para los viajeros en la zona donde iba a desarrollarse parte, al menos, del itinerario por ella ofertado, y tal conducta de la recurrente no puede sino calificarse de negligente al no poner en conocimiento de sus clientes las circunstancias de seguridad existentes en la zona” (F.D. 6º). Finalmente, Pablo también contribuyó al resultado, pues “la aceptación por el demandante de la realización del viaje en autobús por la zona en que se produjo el ataque terrorista, conociendo la conflictividad que existía en ella, públicamente conocida, impide calificar de ilógico o arbitrario el juicio de valor que hace la Sala de instancia sobre la contribución causal de la conducta del demandante” (F.D. 9º).

Comentario: la sentencia pondera, por un lado, la culpa de la agencia de viajes y de la mayorista y, por el otro, la del viajero. Respecto de las primeras, el Tribunal parece sustentar su argumentación en la posición de garante o en los deberes de protección³⁷ que éstas asumieron contractualmente, deberes que incumplieron por omisión de la atención y cuidados con arreglo a las circunstancias del caso y de la información sobre las condiciones de seguridad en la zona³⁸.

³⁷ Véase F. GÓMEZ POMAR (2005), “El guardián del viajero: la posición de garante de las empresas de transporte”, *InDret* 2/2005, working paper nº 280.

³⁸ La STS, 1ª, 2.2.2006 (MP: José Antonio Seijas Quintana) condenó en el mismo sentido a “Viamed, SA” y a “Europa Travel, SA” a indemnizar a Alberto y Marisol por las lesiones sufridas y por la muerte de su hijo como consecuencia del mismo atentado terrorista en Egipto. En este caso, la asunción del riesgo por parte de la víctima no se planteó en casación, pero posiblemente se tuvo en cuenta en la instancia puesto que los actores solicitaron, aparte de la indemnización por lesiones, 901.518,157 € por la muerte de su hijo y la Audiencia Provincial condenó a los demandados a pagar un importe muy inferior, 150.253,02 €.

Respecto del viajero, tras reconocer que la culpa que se le atribuye no deriva del incumplimiento de una obligación contractual (F.D. 9º), aplica una regla de concurrencia de culpas propia de la responsabilidad extracontractual y basada en la asunción del riesgo por parte de la víctima.

29. STS, 3ª, 18.10.2005 (Ar. 2006\307). MP: Enrique Lecumberri Martí

La Administración penitenciaria debe tratar coactivamente a los presos enfermos como depositaria de su vida, salud e integridad física.

Hechos: el 10.3.1995, Juan María ingresó en el centro penitenciario Madrid 1, donde se le practicó una analítica de ingreso que puso de manifiesto VIH positivo, hepatitis B y C y tuberculosis. En abril de 1996, el recluso fue trasladado al centro penitenciario Madrid 2, donde se le continuaron realizando analíticas y exploraciones cada 2 ó 4 meses. Con respecto al tratamiento contra el VIH, del 16.5.1997 al 5.6.1997, el recluso fue ingresado en el Hospital Carlos III de Madrid cuyo informe hizo constar la negativa del paciente a recibir tratamiento antirretrovírico, así como, el 5.11.1997, fue atendido por el especialista de medicina interna del Hospital General Penitenciario de Madrid con la misma negativa. Con respecto al tratamiento de la tuberculosis, en mayo de 1996, Juan María fue incluido en el programa de prevención y control de la tuberculosis del centro Madrid 2 en cuyo historial se hizo constar repetidas negativas del paciente a que se le practicara quimioprofilaxis. Finalmente, en noviembre de 1997, el recluso falleció.

Disposiciones estudiadas: arts. 139 y 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE nº 285, 27.11.1992), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE nº 12, 14.1.1999).

Procedimiento: el padre del fallecido, también llamado Juan María, reclamó al Ministerio Interior una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, que fue denegada por silencio negativo.

Juan María, padre, interpuso recurso contencioso-administrativo contra este acto presunto que fue desestimado por la AN (Sección 8ª, 31.10.2000) al considerar que no hubo relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la muerte del hijo del actor.

El TS estimó parcialmente el recurso de casación, casó la sentencia de instancia y condenó a la Administración al pago de 12.020,24 € al actor. El TS afirmó que “aunque fue correcta la actuación de los servicios médico-sanitarios(...), sin embargo, tuvieron que adoptar, ante las reiteradas negativas de aquél a someterse a la medicación que se le diagnosticaba, las medidas reglamentarias oportunas con la correspondiente autorización de la Dirección del centro penitenciario, a fin de que se cumpliera el tratamiento indicado” (F.D. 4º).

Comentario: esta sentencia sostiene la posición de garante de la Administración penitenciaria respecto de los presos que necesiten asistencia sanitaria y declara la culpa de ésta al no haber

administrado coercitivamente el tratamiento indicado al recluso. Así, sigue la tendencia iniciada por la STC 120/1990, de 27 de junio (MP: Fernando García-Mon y González Regueral)³⁹ que legitimó la asistencia médica coactiva a tres reclusos miembros del GRAPO que se habían declarado en huelga de hambre para forzar al Gobierno a que concentrara todos los reclusos del grupo en una misma cárcel.

No obstante, entre uno y otro caso hay diferencias sustanciales. En el comentado, no hay indicios de que el recluso se negara al tratamiento para intentar presionar de algún modo a la Administración, sino que era una opción estrictamente personal y que sólo afectaba a él. Por ello, había buenos argumentos legales –véase art. 10.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (BOE nº 102, de 29.4.1986), vigente en el momento de los hechos- y jurisprudenciales – véase voto particular de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Herrero a la STC 120/1990- para haber respetado la decisión del recluso.

30. STS, 3ª, 30.11.2005 (Ar. 2006\1395). MP: Rafael Fernández Valverde

El Estado debe ser solidario con las víctimas del terrorismo.

Hechos: el 9.7.1976, durante la celebración de una fiesta popular en Santurce, una manifestación no autorizada y, al parecer, de ideología opuesta a la de los asistentes a la celebración, recorrió diversas calles de la localidad, produciéndose refriegas con las fuerzas de seguridad. En una de ellas, diversos manifestantes no identificados, efectuaron disparos, uno de los cuales alcanzó mortalmente a Lina, asistente a la celebración. Como consecuencia de los hechos, el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao incoó diligencias previas que fueron sobreseídas el 7.12.1976.

Disposiciones estudiadas: art. 2 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo (BOE nº 242, de 9.10.1999).

Procedimiento: Álvaro, Tomás, Jaime y Sara, viudo e hijos de la víctima, reclamaron al Ministerio de Interior una indemnización por acto terrorista conforme a lo establecido en la Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo, que fue denegada por resolución de 12.12.2000.

Viudo e hijos de la víctima interpusieron recurso contencioso-administrativo contra este acto que fue estimado por la AN (Sección 8ª, 27.3.2002), que anuló la resolución impugnada y reconoció que Lina había fallecido como resultado de una acción de las incluidas en el ámbito protector de la Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la Administración General del Estado al considerar que “«los individuos no identificados, al parecer de ideología opuesta a la de los

³⁹ Véase comentario a la sentencia y otras consideraciones en J.C. SEUBA TORREBLANCA (2003), *La autonomía privada del paciente. En especial, decisiones relativas a la disposición de la vida*, Segundo ejercicio para la provisión del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, Inédito.

concentrados», y a quienes se considera autores de los disparos que causaron la muerte de la madre [sic]⁴⁰ del recurrente, pueden, perfectamente ser considerados como incluidos en el tercer supuesto del artículo 2.1 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre; esto es que la madre [sic] del recurrente fue víctima de los «hechos perpetrados por persona o personas (...) que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana», sin resultar preciso, como hemos reiterado, ni la concurrencia técnica de un delito de terrorismo según el Código Penal, ni la acreditación de la pertenencia de los mismos a grupos o bandas armadas” (F.D. 6º).

Comentario: la sentencia considera los hechos descritos más arriba como “hechos perpetrados por persona o personas (...) que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y la seguridad ciudadana” y, así, da cabida a la aplicación de la Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo según lo establecido en su art. 2. Esta Ley prevé que el Estado asuma las indemnizaciones por daños físicos o psicofísicos a las víctimas del terrorismo, siempre y cuando aquéllas hubieran transmitido al Estado las acciones civiles de las que fueran titulares para que éste se subrogue en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente al resarcimiento.

Sin embargo, los remedios establecidos por esta Ley no se rigen por un principio de responsabilidad, sino de solidaridad, y pretenden evitar que las víctimas de estos sucesos queden sin indemnización debido a la insolvencia del demandado o, como advierte V. MÚRTULA LAPUENTE⁴¹, a la imposibilidad de probar la causalidad cuando el autor material es un miembro indeterminado de un grupo, como sucede en el caso comentado. Sólo en este contexto cabe sostener un concepto tan amplio de terrorismo.

⁴⁰ En su argumentación, el Tribunal Supremo hace suyos los fundamentos de la Audiencia Nacional, pero, al parecer, extracta incorrectamente parte de la sentencia de instancia pues hace referencia a la “madre del recurrente”, cuando, en casación, era recurrente la Administración General del Estado.

⁴¹ V. MÚRTULA LAPUENTE (2005), *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, pp. 343 y ss; y --- (2006), “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, *InDret* 2/2006, working paper nº 351, p. 14.

IV. Selección de sentencias del Tribunal Supremo - 2004*

31. STS, 3ª, 22.11.2004 (Ar. 2005\20). MP: Ricardo Enríquez Sancho

Responsabilidad no delegable de la empresa minera titular de la explotación. Un dique de una balsa de residuos mineros, propiedad de Boliden Apirsa, cede y, como consecuencia, se produce el vertido de su contenido al río Guadiamar a su paso por Aznalcóllar (Sevilla).

32. STS, 1ª, 23.1.2004 (Ar. 1). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La penúltima batalla de la Guerra de los Tribunales. Un abogado contra once Magistrados del Tribunal Constitucional:

33. STS, 1ª, 8.7.2004 (Ar. 5112). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

No hay intimidad entre rejas. "El País" publica una fotografía del exfinanciero Francisco Javier de la Rosa comiendo un bocadillo en una celda de la Cárcel Modelo de Barcelona.

34. STS, 1ª, 12.5.2004 (Ar. 2736). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La causa de la causa es causa del mal causado. Cardiópata fallece por parada cardiaca tras poner a salvo a su perro del ataque de un doberman que se había introducido en su finca.

35. STS, 1ª, 12.2.2004 (Ar. 1127). MP: Antonio Romero Lorenzo

Negligencia médica por prescripción de Roacutan®. Paciente entra en la consulta médica para que le traten de acné y sale con diabetes insulino dependiente crónica.

36. STS, 1ª, 22.9.2004 (Ar. 5681). MP: Luis Martínez-Calcerrara y Gómez

Daño moral, el precio del sudor no derramado. Trabajadores pierden su empleo tras el incendio de la fábrica donde trabajaban.

37. STS, 3ª, 3.5.2004 (Ar. 2694). MP: Ramón Trillo Torres

Intervención de los cuerpos de seguridad españoles, más vale maña que fuerza. El ferry "Val de Loire" forzado a desviarse a Roscoff (Bretaña) por el bloqueo del puerto de Santander por parte de pesqueros españoles.

* Selección y comentarios por Antonio Fernández Crende.

38. STS, 1ª, 17.3.2004 (Ar. 1926). MP: Pedro González Poveda

El principio "Quien contamina, paga" en la Ley de Aguas. Atentado terrorista en oleoducto propiedad de la Compañía Logística de Hidrocarburos provoca vertidos de carburante en acuífero de la Sociedad General de Aguas de Barcelona.

39. STS, 2ª, 25.3.2004 (Ar. 3641). MP: Julián Sánchez Melgar

El titular del establecimiento responde subsidiariamente por todo lo que pase dentro del recinto. Asistente a una fiesta de disfraces prende fuego a otro, que iba disfrazado de caníbal, al grito de "Voy a quemar al negro".

40. STS, 1ª, 10.12.2004 (Ar. 2005\13808). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

No hay responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por socorristas improvisados. Bañista fallece mientras intentaba salvar a otro que se estaba ahogando en una playa valenciana.

31. STS, 3ª, 22.11.2004 (Ar. 2005\20). MP: Ricardo Enríquez Sancho

Responsabilidad no delegable de la empresa minera titular de la explotación.

Hechos: en 1978, “Andaluza de Piritas, SA” (Apirsa) encargó a Intecsa un proyecto de construcción de un dique de contención para una balsa de almacenamiento de residuos mineros en Aznalcóllar (Sevilla), proyecto que, al parecer, fue ejecutado por “Dragados y Construcciones, SA”. En marzo de 1996, “Boliden Apirsa, SL”, que había sucedido a Apirsa, encargó a Geocisa un informe sobre la estabilidad de la balsa y, en junio de ese mismo año, un proyecto de recrecimiento del dique. El control de la instalación fue igualmente encomendado a esta última empresa.

El 25.4.1998 se produjo la rotura del dique y el consiguiente vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, el Guadiamar, cuyo cauce fue invadido por gran cantidad de lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico.

Disposiciones estudiadas: art. 110.1 Ley 29/1985, de Aguas: “*Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior (...)*”.

Procedimiento: el mismo día 25.4.1998, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir incoó expediente administrativo a Boliden, que fue suspendido debido a que el JPI nº 2 de Sanlúcar la Mayor inició diligencias previas penales. Las actuaciones penales fueron posteriormente archivadas, por lo que el expediente fue reanudado y, finalmente, resuelto por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2.8.2002, que sancionó a Boliden con una multa de 601.012,1 € y le impuso la obligación de pagar 2.870.181,66 € por los daños al dominio público hidráulico y de abonar 41.606.316,75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos.

Boliden interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, que el TS estimó en parte en el sentido de deducir algunas partidas del gasto de reposición, valoradas en 1.352.772,12 €. Sin embargo, en lo sustancial, mantuvo el resto de pronunciamientos, pues a Boliden le era imputable “*la culpa en la elección de esa empresa [Geocisa] y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener la seguridad en una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad*” (F.D. 11º).

Comentario⁴²: el caso de responsabilidad civil del año 2004 sobre el que se pueden hacer dos reflexiones: la primera, de orden institucional, el derecho administrativo español todavía concibe la jurisdicción contencioso-administrativa como simple revisora de actos, por lo que no facilita que el presunto infractor de la normativa administrativa –Boliden– y, en consecuencia, posible

⁴² Comentada, en este mismo número de InDret, por P. SALVADOR CODERCH/ A. FERNÁNDEZ CRENDE (2005), “España c. Boliden Apirsa. Comentario a la STS, 3ª, 22.11.2004”, *InDret* 3/2005, working paper nº 292.

responsable civil de los daños causados, pueda llamar al expediente y al proceso judicial que lo revisa a otros posibles corresponsables -Geocisa-.

La segunda, de orden material, el Tribunal resuelve el caso con una afirmación categórica: *“la responsabilidad administrativa no es delegable”* (F.D. 11º). Haciéndolo así, ha dejado pasar la oportunidad de sentar una auténtica jurisprudencia, pues si bien es cierto que, en el caso, la explotación minera era potencialmente peligrosa y justificaba la existencia de deberes no delegables, no es cierto que, en el ámbito de la contratación independiente de servicios, todos hayan de serlo.

32. STS, 1ª, 23.1.2004 (Ar. 1). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La penúltima batalla de la Guerra de los Tribunales.

Hechos: el abogado José Luis Mazón, en nombre propio, interpuso dos recursos contencioso-administrativos frente a la inactividad del Tribunal Constitucional consistente en no sacar a concurso-oposición todas las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional que se hallaran cubiertas por libre designación o designación temporal, que, tras la acumulación de los recursos, fueron desestimados por la STS, 3ª, 24.6.2002. José Luis recurrió la mencionada Sentencia en amparo ante *“[e]l Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen imparcial”* solicitando la abstención de todos los miembros del Tribunal Constitucional y la tramitación de una medida legislativa que garantizara un examen imparcial del caso. El Tribunal Constitucional, sin embargo, inadmitió el recurso por Providencia del Pleno de 18.7.2002 al entender que no se dirigía a aquel Tribunal sino a uno hipotético que lo sustituyera. El abogado insistió en su pretensión e interpuso recurso de súplica contra la Providencia que fue, igualmente, inadmitido por Acuerdo del Pleno de 17.9.2002.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC.

Demanda: José Luis Mazón demandó en vía civil a los Magistrados del Tribunal Constitucional (excepto a uno, que no había participado en las decisiones precedentes por causa de enfermedad) y solicitó que el Tribunal Supremo les condenara por dolo civil o, subsidiariamente, por culpa grave, a indemnizarle con 11.000 € y, firme la resolución, se arbitrara un procedimiento para ejecutar el mandato legal de destitución de Magistrados previsto en el art. 23.2 LOTC.

Procedimiento: el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso y condenó a cada uno de los once Magistrados demandados a pagar 500 € por daño moral al considerar que la conducta de los Magistrados del Tribunal Constitucional fue antijurídica, pues *“se negaron lisa y llanamente a resolver una pretensión de amparo so pretexto de que iba dirigida a una hipotético tribunal, lo que implica un «non liquet» totalmente inadmisibile”*, y gravemente negligente por no dar respuesta lógica a la pretensión de amparo. La indemnización vendría a reparar el daño moral padecido por el recurrente, en palabras del Tribunal Supremo, por el hecho de que *“se tambaleen sus creencias como*

ciudadano de un Estado social y democrático, que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior” (F.D. 5º).

Comentario⁴³: la Sentencia comentada resuelve un caso insólito que, de haber funcionado correctamente el entramado institucional en nuestro país, nunca se hubiera decidido en el sentido de condenar, por primera vez, a los Magistrados del Tribunal Constitucional por negligencia grave en la inadmisión de un recurso de amparo que, razonablemente, nunca debería admitirse.

En este sentido, el sensato voto particular de Francisco Marín Castán: el abanico de remedios al alcance de la víctima no puede ser *“tan amplio o infinito que exija imperiosamente la creación de un Tribunal Constitucional paralelo o de tantos cuantas sean las respuestas desfavorables a sus intereses de los más altos órganos judiciales”*.

33. STS, 1ª, 8.7.2004 (Ar. 5112). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

No hay intimidación entre rejas

Hechos: el 23.10.1994, el diario “El País” publicó una fotografía del financiero Francisco Javier de la Rosa mientras comía un bocadillo en una celda de la Cárcel Modelo de Barcelona, donde cumplía prisión preventiva acusado de sendos delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad. A pie de fotografía, se leía el texto siguiente: *“D. Francisco Javier de la R.M. come en la celda. El financiero Francisco Javier de la R.M., encarcelado desde la madrugada del martes en la Modelo de Barcelona, recibió ayer la primera visita de su mujer, Mercedes M., quien declaró que su marido, con el que permaneció durante 20 minutos, echaba mucho de menos a sus hijos (...)”*.

Disposiciones estudiadas: arts. 9.2 y 9.3 Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: *“2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. 3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”*.

Demanda: Francisco Javier de la Rosa demandó al diario “El País”, a su director, Jesús C., y al fotógrafo, Carles R., y solicitó que se declarara la intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen y que se condenara a los demandados a publicar la sentencia, a

⁴³ Comentada por P. SALVADOR CODERCH/ S. RAMOS GONZÁLEZ / A. LUNA YERGA (2004), “Diseño institucional defectuoso. Comentario a la STS, 1ª, 22.1.2004”, *InDret* 2/2004, working paper nº 216.

destruir los clichés, planchas de imprenta u otros soportes, a abstenerse de realizar actos semejantes en el futuro y a indemnizarle por daños morales en la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia.

Procedimiento: el JPI nº 2 de Madrid (14.3.1996) estimó íntegramente la demanda y la AP de Madrid (Sección 12ª, 22.9.1988) desestimó el recurso de apelación y confirmó la SJPI.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por los demandados, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda. El Tribunal consideró que los hechos descritos estaban amparados por el derecho a la información ponderando la notoriedad pública del personaje y la veracidad e interés general de la noticia. Añade, además, que la captación de la imagen del demandante en las circunstancias relatadas no constituyó una intromisión en la intimidad personal del mismo, puesto que *“difícilmente puede sostenerse una equiparación entre el domicilio – sede física en que se desarrolla la vida privada- y la habitación destinada a celda (...) la captación de la imagen física no se produjo en un espacio respecto del cual el demandante dispusiera de un derecho a impedir la entrada y su reproducción, que permitía verle detrás de una ventana enrejada en el acto de comer, no descubriría actos íntimos de su vida”* (F.D. 1º).

Comentario⁴⁴: un claro conflicto entre sendos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art 18.1 CE) y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (art 20.1.d CE), que, en este caso, es resuelto a favor de la libertad de información.

34. STS, 1ª, 12.5.2004 (Ar. 2736). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La causa de la causa es causa del mal causado

Hechos: un perro de raza doberman, propiedad de Lázaro, entró en la finca de Millán y Claudia, vecinos y amigos del mismo Lázaro, y comenzó a pelearse con el perro de éstos. Tras separar a los perros y resguardarse en el garaje de su casa, Millán, que sufría una afección crónica grave consistente en placas ateromatosas obstructivas en las coronarias, sufrió una parada cardíaca que le provocó la muerte.

Disposiciones estudiadas: art. 1.905 CC: *“El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.*

Demanda: la viuda, Claudia, demandó a su vecino, Lázaro, y solicitó una indemnización de 55.896,18 € por daños y perjuicios.

⁴⁴ Comentada por Mª.A. GILI SALDAÑA (2005), “Publicación de la fotografía de un recluso, el antiguo financiero De la Rosa, mientras comía un bocadillo en la cárcel. Comentario a la STS, 1ª, 8.7.2004”, *InDret* 1/2005, working paper nº 259.

Procedimiento: el JPI nº 3 de Tortosa (17.11.1997) estimó íntegramente la demanda y condenó al demandado al pago de 55.896,18 € a la actora. La AP de Tarragona (Sección 3ª, 3.2.1998) estimó en parte el recurso de apelación y rebajó la cuantía de la indemnización a 27.948,08 € al apreciar concurrencia de culpa de la víctima que forcejeó con los perros para intentar separarlos conociendo su grave estado de salud.

El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por Lázaro al afirmar la existencia de nexo causal entre la entrada del perro en la finca ajena y la parada cardíaca sufrida por el dueño de la finca, puesto que, haciendo suyo un informe forense, “*el desenlace –muerte- era de prever debido a estas placas ateromatosas obstructivas de las coronarias*” (F.D. 2º).

Comentario: un caso que cualquier buen manual de derecho de daños debería citar en su capítulo de causalidad e imputación objetiva.

El art. 1905 CC prevé la responsabilidad objetiva del poseedor de un animal por los daños que éste cause. El poseedor del animal, entonces, sólo podrá exonerar su responsabilidad mediante criterios de imputación objetiva que rompan el nexo causal entre la acción u omisión – normalmente, omisión en la vigilancia o aseguramiento del animal- y el daño producido.

En España, en la imputación objetiva se suele utilizar, entre otros, el test de la adecuación⁴⁵: la conducta del demandado es una causa adecuada del daño padecido por la víctima si, *ex ante*, la causación del daño era previsible –no muy improbable- por parte del demandado. En este sentido, el Tribunal viene a decir que el resultado era previsible, cuestión cuanto menos controvertida.

En el *Common Law*, sin embargo, un Tribunal que resolviera un caso similar al comentado podría haber aplicado diversos tests⁴⁶: *remoteness test*, aquél que excluye las causas más remotas, *foresight test*, que excluye las causas más imprevisibles o improbables y *harm-within-the-risk test*, que excluye las causas cuyo riesgo típico no se ha materializado, finalmente, en el daño en cuestión.

35. STS, 1ª, 12.2.2004 (Ar. 1127). MP: Antonio Romero Lorenzo.

Negligencia médica por prescripción de Roacutan®

Hechos: Héctor fue tratado de acné en el Departamento de Dermatología del Centro de Asistencia Primaria Nuestra Señora del Coro, dependiente del Servicio Vasco de Salud (*Osakidetza*), donde le recetaron el medicamento Roacutan®. A pesar de que los análisis clínicos

⁴⁵ P. SALVADOR CODERCH (2002), “Causalidad y responsabilidad. 2ª edición”, *InDret* 3/2002, working paper nº 94.

⁴⁶ Véase K. S. ABRAHAM (2002), *The Forms and Functions of Tort Law*, 2nd ed., New York Foundation Press, New York, pp. 118-136.

practicados mensualmente detectaron que este medicamento le había provocado un aumento de los niveles de glucosa en sangre, los facultativos que le atendían no le suspendieron el tratamiento ni disminuyeron su dosis. Finalmente, el paciente desarrolló una diabetes insulino dependiente crónica, que le obliga a realizarse diariamente un control de sangre y orina y a inyectarse tres veces al día dieciocho unidades de insulina.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Demanda: el paciente demandó al Servicio Vasco de Salud y solicitó una indemnización de 390.657,87 € por los daños y perjuicios sufridos.

Procedimiento: el JPI nº 5 de San Sebastián (24.10.1996) desestimó la demanda. La AP de San Sebastián (Sección 2ª, 17.1.1998) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocó la SJPI y condenó al demandado al pago de una indemnización de 60.101,21 € utilizando de forma orientativa el sistema de baremos para accidentes de circulación regulado en el anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificada por la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de los seguros privados y, además, le impuso las costas de ambas instancias.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente los recursos de casación interpuestos por Héctor, en el sentido de aumentar la indemnización a 240.404,84 € apartándose de la aplicación orientativa del sistema de baremos y, por el Servicio Vasco de la Salud, en el sentido de revocar la condena en costas.

Comentario: en el caso comentado, la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo para apreciar la negligencia médica parece indiscutible. Ésta consiste en la falta de una atención rigurosa en el diagnóstico de los resultados de los controles que fueron realizados al paciente mensualmente, agravada por el hecho de que el prospecto del medicamento advertía de sus posibles efectos secundarios.

La argumentación utilizada para aumentar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, en cambio, no lo es. Las razones parecen indicar a un aumento de la cuantía de la indemnización atendiendo a la gravedad del descuido -el TS habla de *“error o equivocación especialmente grave”* y de *“gravedad en el descuido”* (F.D. 4º)- cuando, hasta el momento, en el derecho español de daños la indemnización es estrictamente compensatoria y se debe determinar en función del daño causado.

Mientras, en España, sentencias como la comentada se apartan de cualquier intento de aplicar analógica u orientativamente el sistema de baremos vigente para accidentes de circulación; en Estados Unidos, el establecimiento de un sistema de baremos (*caps*) aplicables a los casos de

negligencia médica (*medical malpractice*) se ha convertido en uno de los pilares de la propuesta de reforma del derecho de daños por parte de la Administración Bush⁴⁷.

36. STS, 1ª, 22.9.2004 (Ar. 5681). MP: Luis Martínez-Calcerrara y Gómez

Daño moral, el precio del sudor no derramado.

Hechos: el 15.10.1973, se produjo un incendio en la fábrica situada en la Calle Badajoz, 157, de Barcelona de la entidad “Cartonera Española J. Rius, SA” ocasionando la pérdida de los puestos de trabajo de diversos empleados. Como consecuencia del incendio, se incoaron diligencias penales contra el director de la entidad, Luis Manuel, y contra el director del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Jesús Miguel. Contra el primero de ellos se dictó auto de procesamiento sobreseyéndose, el 16.5.1977, las actuaciones y, contra el segundo, no se llegó a dictar auto de procesamiento.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”; art. 1903 CC: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. (...) [Son responsables] igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

Demanda: ocho empleados demandaron a “Cartonera Española J. Rius, SA”, al director de la entidad, Luis Manuel, y al director del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Jesús Miguel, y solicitaron una indemnización por los daños patrimoniales y morales sufridos (*no consta fecha de interposición de la demanda a efectos de prescripción*).

Procedimiento: el JPI nº 7 de Barcelona (22.1.1996) desestimó la demanda y la AP de Barcelona (Sección 14ª, 12.6.1998) confirmó íntegramente la SJPI.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por los actores. En cuanto a Luis Manuel, tras considerar que la acción no había prescrito pues no había transcurrido un año desde el auto de sobreseimiento y una reclamación vía telegrama, le condenó, en aplicación de la responsabilidad por riesgo, al pago de 6.000 € a cada uno de los actores por daños morales; en cuanto a Jesús Miguel, consideró que la acción había prescrito.

Comentario⁴⁸: obviando cuestiones de prescripción y de dilación del proceso, es muy discutible tanto la aplicación de una regla de responsabilidad por riesgo como la valoración de los daños que realiza el Tribunal.

⁴⁷ S. RAMOS GONZÁLEZ/ A. LUNA YERGA (2005), “Bush’s Agenda on Tort Reform”, *InDret* 1/2005, working paper nº 266.

Respecto de la aplicación de una regla de responsabilidad por riesgo a la conducta del director de la entidad debe argumentarse que no toda actividad empresarial es intrínsecamente peligrosa y, por tanto, siéndole de aplicación el art. 1902 CC, lo más a que debería haber llegado el Tribunal es a una inversión de la carga de la prueba. Cuestión aparte es la posible responsabilidad vicaria del titular o dueño de la entidad “Cartonera Española J. Rius, SA” en virtud del párrafo cuarto del art. 1903 CC, sobre la cual el Tribunal no se pronuncia, quizás porque también había prescrito la acción.

En relación con la valoración de los daños, el Tribunal, debido a problemas de prueba derivados de la excesiva dilación del proceso, parece abrir el camino a la indemnización mediante la partida de daños morales⁴⁹, cuando lo más adecuado hubiera sido indemnizar la pérdida de ingresos ocasionada a los trabajadores por la privación forzosa de sus puestos de trabajo.

37. STS, 3ª, 3.5.2004 (Ar. 2694). MP: Ramón Trillo Torres

Intervención de terceros que rompe el nexo causal.

Hechos: durante los días 26 a 29 de julio de 1994, los pesqueros españoles de la flota bonitera del Cantábrico bloquearon el acceso de diversos puertos del norte de España, entre ellos el de Santander. Como consecuencia, el ferry de bandera francesa “Val de Loire”, que hacía la línea Plymouth-Santander, no pudo hacer su entrada en dicho puerto y tuvo que desviarse a Roscoff (Bretaña).

Disposiciones estudiadas: art. 139.1 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Procedimiento: la armadora del ferry, “Bretagne, Angleterre, Irlande, SA” (Bretagne), y la empresa titular de los establecimientos de restauración del mismo, “Serestel, SA” (Serestel), reclamaron al Ministerio de Justicia e Interior español una indemnización de daños y perjuicios consistente en los gastos derivados de compensar económicamente a sus pasajeros y en los daños morales padecidos por la inactividad de las fuerzas de seguridad españolas. El Ministerio denegó la reclamación por silencio negativo.

Las entidades Bretagne y Serestel interpusieron recurso contencioso-administrativo contra este acto presunto que fue desestimado por la AN (Sección 1ª, 9.4.1999) al considerar que “la

⁴⁸ Comentada por F. GÓMEZ POMAR (2005), “El sudor de la frente y el daño moral”, *InDret* 1/2005, working paper nº 264.

⁴⁹ F. GÓMEZ POMAR (2000), “Daño moral”, *InDret* 1/2000, working paper nº 6.

Administración, en evitación de males mayores, optó por acudir, no al uso legítimo de la fuerza, sino al control, la vigilancia, la contención y a las reuniones con los pescadores y autoridades francesas para atajar la situación, por lo que no hubo pasividad y el funcionamiento del servicio de mantenimiento del orden fue normal”.

El TS declaró no haber lugar al recurso de casación al considerar que la intervención dolosa de terceros rompió el nexo causal entre el funcionamiento normal del servicio de las fuerzas de seguridad españolas y el daño causado.

Comentario: una aplicación de los criterios de prohibición de regreso y de posición de garante en el ámbito de la imputación objetiva⁵⁰. Conforme a la prohibición de regreso no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente –en este caso, a la Administración pública- las consecuencias de un determinado resultado originado por el comportamiento ilícito de terceros – los pescadores-, a no ser que el primero incumpliera un deber propio de su posición de garante.

En este sentido, la Sentencia afirma que, atendiendo a las circunstancias del caso, las fuerzas de seguridad españolas actuaron normal y correctamente y, por tanto, no incumplieron su deber de garante.

38. STS, 1ª, 17.3.2004 (Ar. 1926). MP: Pedro González Poveda

El principio “Quien contamina, paga” en la Ley de Aguas.

Hechos: el 16.9.1991, CAMPSA (actualmente, “Compañía Logística de Hidrocarburos, SA” (CLH)) sufrió un atentado terrorista en su oleoducto Ta-ba-ge, en el término municipal de Sant Vicenç dels Horts (Barcelona), que ocasionó la filtración de gasolina al acuífero Estrella 4, propiedad de “Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA” (SGAB), situado en la Vall Baixa del río Llobregat. El 5.3.1993, la Junta de Saneamiento de la Generalitat de Catalunya, con base en los arts. 108 y ss de la Ley 29/1985, de Aguas, y los 314 y ss del Real Decreto 849/1986 por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, incoó expediente administrativo que concluyó por Acuerdo del Consejo Ejecutivo de la Generalitat que declaró prescrita la acción para sancionar a CLH, pero le impuso la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico mediante el pago de una indemnización de 992.992,7 €, importe correspondiente al coste de los trabajos de regeneración. CLH interpuso recurso contencioso-administrativo contra este Acuerdo que finalizó por STJC (Sección 3ª, 11.3.1997) en el sentido de apreciar concurrencia de culpas entre CLH, SGAB y la Administración, debido a que los técnicos de estas entidades obviaron las inspecciones pertinentes tras el atentado, y rebajar la indemnización que debía satisfacer CLH a 340.773,86 €.

⁵⁰ P. SALVADOR CODERCH (2002), “Causalidad y responsabilidad. 2ª edición”, *InDret 3/2002*, working paper nº 94 y L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 344.

Disposiciones estudiadas: art. 110.1 Ley 29/1985, de Aguas: *“Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior (...)”*.

Demanda: SGAB demandó a CLH y solicitó una indemnización de 483.357,66 €, de los cuales 408.524,17 € por los gastos de regeneración y 74.833,49 € por el lucro cesante por no poder disponer del agua del pozo contaminado.

Procedimiento: el JPI nº 7 de Sant Feliu de Llobregat (23.10.1995) desestimó la demanda al apreciar falta de legitimación activa y falta de jurisdicción. La AP de Barcelona (Sección 11ª, 27.11.1997) desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la SJPI.

El TS estimó parcialmente el recurso y, tras considerar que la recurrente, SGAB, no había incurrido en culpa alguna puesto que carecía de medios para constatar la filtración de la gasolina, condenó a CLH al pago de una indemnización de 408.524,17 € por los gastos de regeneración, pero no así los 74.833,49 € por lucro cesante al no considerarlo probado.

Comentario: un caso de cocausación de daños en los que interviene la acción dolosa de un tercero -el atentado terrorista que provocó las filtraciones- y la omisión de CLH -la falta de inspección adecuada del oleoducto después del atentado-, consistente en una infracción administrativa de la Ley de Aguas.

A falta de una regla de distribución de la responsabilidad civil en casos de cocausación o de una regla de exoneración de la responsabilidad civil del infractor por la intervención dolosa de un tercero, la Ley de Aguas sigue anclada en el principio “quien contamina, paga”.

39. STS, 2ª, 25.3.2004 (Ar. 3641). MP: Julián Sánchez Melgar

El titular del establecimiento responde subsidiariamente por todo lo que pase dentro del recinto.

Hechos: la madrugada del 12.3.2000, en un complejo lúdico de Adamuz (Córdoba) formado por una discoteca, una hamburguesería y un patio adyacente, se celebraba una fiesta de disfraces con asistencia de 300 a 400 personas, a la que acudió Alfredo disfrazado de caníbal negro. Cuando éste se hallaba en la hamburguesería, Braulio le vio y dijo a sus amigos en tono jocoso: “voy a quemar al negro”. Acto seguido le prendió fuego al ropaje de Alfredo, que era de lycra y ardió rápidamente. Alfredo sufrió quemaduras de segundo grado en tobillos y pies, precisó tratamiento médico y dos intervenciones quirúrgicas, estuvo 30 días de baja y, como secuelas, le quedaron amplias cicatrices en la parte inferior de las piernas. El complejo lúdico en el que sucedieron los hechos era propiedad de Inocencio, que tenía suscrita una póliza de seguro multirriesgo con “El Ocaso, SA”, y de Salvador y carecía de personal de vigilancia y seguridad.

Disposiciones estudiadas: art. 120.3 CP: *“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los*

establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”; art. 51.d Real Decreto 2816/1982 por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas: “Las Empresas [artículo 50] vendrán obligadas a: d) Responder por los daños que, en relación con la organización o como consecuencia de la celebración del espectáculo o la realización de la actividad, se produzcan a los que en él participen o lo presencien, o a otras personas, siempre que los mismos les sean imputables por imprevisión, negligencia o incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Reglamento y sin que el aseguramiento obligatorio de los mismos pueda excluir el carácter principal y solidario de su responsabilidad”.

Procedimiento: el JI nº 1 de Montoso instruyó el sumario que fue remitido a la AP de Córdoba (Sección 3ª, 18.12.2002) que condenó a Braulio a 3 años de prisión como autor de un delito de lesiones y a indemnizar a Alfredo con 39.000 € por las lesiones y secuelas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de los propietarios del complejo lúdico, Inocencio y Salvador, y la responsabilidad directa de la aseguradora “El Ocaso, SA”.

El TS desestimó los recursos de casación interpuestos por Braulio, Inocencio, Salvador y “El Ocaso, SA”. En lo que interesa, Inocencio y Salvador fueron declarados responsables civiles subsidiarios porque el delito sucedió en un recinto de su propiedad en el que no se habían adoptado las medidas de seguridad exigidas por el art. 53 Real Decreto 2816/1982, que dispone *“en todos los espectáculos o actividades recreativas en que puedan producirse concentraciones superiores a 100 personas, la Empresa deberá disponer de personal encargado de vigilancia, al que encomendará el buen orden en el desarrollo del espectáculo”.*

Comentario⁵¹: en este caso la infracción de la una norma de policía determina la negligencia *per se* del titular del establecimiento o del organizador del espectáculo o de la actividad recreativa, que sólo podrán exonerar su responsabilidad subsidiaria por los delitos cometidos por terceros alegando criterios de imputación objetiva como el incremento del riesgo o el fin de protección de la norma.

40. STS, 1ª, 10.12.2004 (Ar. 2005\13808). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

No hay responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por socorristas improvisados.

Hechos: el 18.8.1990, José Manuel intentó socorrer a otra persona que se estaba ahogando en la playa de Cullera (Valencia) en una zona alejada de la de uso habitual de los bañistas, sin que existiera en las cercanías miembros del servicios de socorristas municipales y cuando el mar estaba picado. A pesar de que una zodiac de socorristas acudió a rescatarles, ambos fallecieron.

⁵¹ Comentada por M.R. LLOVERAS FERRER (2004), “Responsabilitat civil subsidiària del titular d’un establiment: localització, infracció normativa i influència causal. Comentari a la STS, 2a, 25.3.2004”, *InDret* 4/2004, working paper nº 247.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Demanda: la viuda, en nombre propio y en el de su hijo, demandó al Ayuntamiento de Cullera y solicitó una indemnización de 120.202,42 €.

Procedimiento: el JPI nº 1 de Sueca estimó la demanda (2.7.1996) y condenó al Ayuntamiento al pago de 102.172 €, de los cuales 72.121,45 € para la actora y 30.050,60 € para su hijo. La AP de Valencia (Sección 8ª, 4.5.1998) estimó el recurso de apelación, revocó la SJPI y absolvió al Ayuntamiento.

El TS desestimó el recurso de casación al considerar que la actuación de la víctima fue negligente, pues no tuvo en consideración el mal estado del mar, y que la del equipo de salvamento fue adecuada: *“el hecho en cuestión no puede ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable –el Ayuntamiento de Cullera- ya que aparte de la actuación personal del fallecido creadora del riesgo por su comportamiento, que aunque impregnado de un sentimiento solidario de amistad y altruismo, no tuvo en cuenta el mal cariz que presentaba el mar, que en ese momento suponía un peligro serio”* (F.D. 1º).

Comentario: en el caso debe tenerse en cuenta el criterio de la provocación⁵², según el cual debe afirmarse la imputación objetiva del daño cuando el dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima en su intento de salvar la vida, integridad física o bienes de un tercero en situación de peligro creada negligentemente por este último.

Obviando la posible responsabilidad de la persona a quien se intentó salvar⁵³ –que la actora parece olvidar aferrándose a una entidad más solvente, el Ayuntamiento- , la cuestión radica en determinar si el Ayuntamiento, en concreto, los servicios de salvamento, incumplieron, por omisión, el deber de interrumpir el curso causal anteriormente mencionado.

En mi opinión, dada la autopuesta en peligro –o, dicho de otro modo, la asunción del riesgo- por parte de los bañistas, la Administración no incumplió su deber de protección y salvamento, pues no tiene la obligación de prever todo tipo de accidentes ni de proveer servicios de salvamento de forma que se reduzca el número de accidentes hasta cero, incluyendo los gravemente negligentes.

En este sentido, según el TS, la actuación de los servicios de salvamento fue *“lógica y correcta”*, pues *“no se puede exigir que haya una abundancia tal de socorristas que puedan actuar de inmediato”* (F.D. 1º).

⁵² L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 347.

⁵³ R. RAGUÉS I VALLÈS (2001), *“Acciones de salvamento y responsabilidad por daños”*, *InDret 2/2001*, working paper nº 49.